Ansprüche bei drohendem Schaden
(insbesondere die sog. allgem. Unterlassungsklage).

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Dr. iur. Helmut Niemann.

Ansprüche bei drohendem Schaden
(insbesondere die sog. allgem. Unterlassungsklage).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg

vorgelegt von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Referendar Helmut Niemann.

Heiligenstadt
Brunn'sche Buchdruckerei
1914.

Referent: Professor Dr. Franz Leonhard.

Meinem Onkel Gerhard Niemann!

Lebenslauf.

Am 11. Dezember 1890 bin ich, Helmut Wilhelm Albert Niemann als Sohn das damaligen Regierungsbaumeisters, jetzigen Regierungs- und Baurats Richard Niemann und seiner Ehefrau Anna geb. Rehhoff zu Halle a. d. Saale geboren. Ich besuchte zunächst die Vorschule des Lyzeums I, sodann das Lyzeum I zu Hannover und das Gymnasium zu Aurich in Ostfriesland, wo ich Ostern 1910 das Abiturienten-Examen bestand. Ich studierte die Rechtswissenschaften an den Universitäten Tübingen (3 Semester), Berlin (1 Semester) und Marburg (2 Semester). Am 4. Oktober 1913 bestand ich die erste juristische Prüfung in Kassel. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 22. Dezember 1913.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556025_0060

Disposition.

A. Überblick über die historische Entwicklung der Ansprüche bei drohendem Schaden.

B. Positive Regelung der Ansprüche zur Abwendung drohenden Schadens.

C. Die sog. allg. Unterlassungsklage.

Literatur-Verzeichnis.

1. **Archiv** für die zivilistische Praxis, Heidelberg.
2. **Archiv** für bürgerliches Recht, Berlin.
3. **Archiv** für Strafrecht und Strafprozeß, begründet von Goldammer, Berlin.
4. **Biermann**, Sachenrecht, Berlin 1903.
5. **v. Blume**, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, in der Festgabe für Güterbock, Berlin 1910.
6. **Cosack**, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1900.
7. **Cohn**, neue Rechtsgüter (Recht am eigenen Namen, Recht am eigenen Bilde), Berlin 1902.
8. **Czyhlarz**, Lehrbuch der Institutionen und des römischen Rechts, Leipzig, 1908.
9. **Dernburg**, das bürgerliche Recht, Halle 1908.
10. **Dernburg**, Pandekten, Berlin 1894.
11. **Deutsche Juristen-Zeitung**, Berlin.
12. **Eltzbacher**, die Unterlassungsklage, Berlin 1906
13. **Endemann**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1909.
14. **Enneccerus**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Marburg 1912.
15. **Ficker**, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, Insbruck 1868.
16. **Fischer**, der Schaden, Jena 1908, in Fischer Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 11, Heft 1.
17. **Fuld**, das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kom., Hannover 1910.
18. **Gruchot**, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Berlin.
19. **Hans**, die rechtliche Bedeutung des § 1134, Abs. 2 BGB., Diss. Greifswald 1909.
20. **Hellwig**, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.
21. **Hellwig**, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1903.
22. **Holtzendorff**, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Leipzig und Berlin 1904.
23. **Jakobsohn**, die Unterlassungsklage, Berlin 1912.
24. **Jhering**, Jahrbücher für Dogmatik, Jena.
25. **Isaac**, der Schutz des Namens nach den Reichsgesetzen, Berlin 1901.
26. **Juristische Wochenschrift.**
27. **Komm. von Reichsgerichtsräten**, Nürnberg und Leipzig 1910.
28. **Kretzschmar**, die Erfüllung, Leipzig 1906.
29. **Lehmann**, die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, München 1906.
30. **Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.**

31. **Leonhard**, Institutionen des römischen Rechts, Leipzig 1894.
32. **v. Liszt**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1912.
33. **Lobe**, die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Leipzig 1907.
34. **Lesser**, der Inhalt der Leistungspflicht (in Leonhard, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Breslau 1909).
35. **Matthiaß**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1910.
36. **Meisner**, das in Bayern geltende Nachbarrecht, München 1910.
37. **Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs**, amtliche Ausgabe.
38. **Neumann**, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1909.
39. **Neumann**, Jahrbuch des deutschen Rechts, Berlin.
40. **Oertmann**, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1908.
41. **Ortloff**, das deutsche Nachbarrecht, Jena 1900.
42. **Planck**, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1906.
43. **Recht**, Rundschau für den deutschen Juristenstand, Hannover.
44. **Rechtssprechnng der Oberlandesgerichte**, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
45. **Reinke**, die Zivilprozeßordnung, Berlin 1910.
46. **Roth**, Grundeigentum und Immissionen, Diss., Würzburg 1905.
47. **v. Seuffert**, Komm. zur Zivilprozeßordnung, München 1910.
48. **v. Seuffert**, Blätter für Rechtsanwendung.
49. **Siber**, Rechtszwang im Schnldverhältnis nach deutschem Rechtsrecht, Leipzig 1903.
50. **Staub**, Komm. zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1913.
51. **Staudinger**, Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München und Berlin 1912.
52. **Stein**, die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Tübingen 1911.
53. **Stein**, über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, Halle 1903.
54. **Stephan**, die Unterlassungsklage, München 1908.
55. **Struckmann & Koch**, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1910.
56. **Sydow - Busch**, Zivilprozeßordnung und Gerichts - Verfassungsgesetz, Berlin 1913.
57. **Teuffel**, Schutzmittel des Gläubigers, wenn eine Gefährdung der hypothekarischen Sicherheit zu besorgen, Diss., Heidelberg 1910.
58. **Verhandlungen des 29. deutschen Juristentages**, Berlin 1908.
59. **Wendel**, § 1004 BGB., Diss., Rostock 1909.
60. **Weyl**, System der Verschuldungsbegriffe, München 1905.
61. **Windscheid-Kipp**, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1900.
62. **Wolf**, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, Marburg 1913.
63. **Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß**, herausgegeben von Busch, Berlin.
64. **Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß**, Gießen 1838.

A. Überblick über die historische Entwicklung der Ansprüche bei drohendem Schaden.

Der Rechtsschutz, den unsere Rechtsordnung gewährt, ist entweder ausgleichend oder vorbeugend. Ausgleichend nennt man ihn dann, wenn sein Ziel die Beseitigung der Folgen einer Rechtsverletzung ist, während man von vorbeugendem Rechtsschutz spricht, wenn sein Ziel darauf geht, künftige Rechtsverletzungen zu verhüten.[1] Es ist eine merkwürdige Erscheinung, daß die Rechtswissenschaft, wo es sich um den Schutz des Einzelnen handelt, fast immer nur den Ausgleich der erfolgten Rechtsverletzung, fast nie die Verhütung der drohenden im Auge hat.[2] Der Grund hierfür liegt in der historischen Entwicklung aus dem römischen Recht.

Bei der geringen Kompliziertheit der Lebensverhältnisse im alten Rom war ein Bedürfnis für vorbeugenden Rechtsschutz nur in geringem Maße vorhanden. Das römische Recht begnügte sich daher im allgemeinen mit der abschreckenden Wirkung, welche die an die erfolgte Rechtsverletzung sich anknüpfende Verpflichtung zum Schadenersatz zeitigt, und nur in den wenigen Fällen, wo dies nicht als ausreichend erschien, gewährte es bestimmt geregelte vorbeugende Schutzmittel. Der Schaffung eines allgemeinen vorbeugenden Rechtsschutzmittels war vor allem auch der römische Grundsatz der condemnatio pecunaria hinderlich.[3] Dieser Grundsatz ist eigentlich nur anwendbar, soweit es sich um ausgleichenden Rechtsschutz handelt, da, wenn ein Schaden bereits entstanden ist, es leicht möglich ist, die Summe zu bestimmen, durch deren Leistung der Verletzte entschädigt wird. Anders ist dies, solange der Schaden nur droht: Hier ist die Schädigung regelmäßig nur eine moralische, deren Umrechnung in Geld nicht möglich ist. In Rom finden wir daher nur zwei Rechtsbehelfe zur Beseitigung drohender Störungen:

1. Die actio negatoria und die ihr gleichende actio confessoria und

---

[1]) Vergl. Stephan S 1; Eltzbacher S. 222.
[2]) Eltzbacher S. 1.
[3]) Stephan S. 2.

2. die cautio damni infecti.

Die negatoria in rem actio steht dem Eigentümer, die confessoria in rem actio dem Servituten-Berechtigten zu. Die Klage geht gegen jeden, der ohne Besitzentziehung in das Recht des Klägers eingreift; daß dies unter Anmaßung eines eigenen Rechts geschieht, ist nicht erforderlich[1]) Das Ziel dieser Klagen ist: 1. Die Beseitigung des das Recht des Klägers beeinträchtigenden Zustandes. 2. Bei Verschulden des Störers Schadenersatz und 3. auf Antrag des Verletzten Bestellung einer cautio de non amplius turbando. Aber auch diese cautio kann nicht erzwungen werden, sondern es bleibt, wenn sie nicht erfolgt, auch hier nur die Verurteilung zur Leistung des Geldinteresses.

Während bei der actio negatoria und der actio confessoria die vorbeugende Seite der Klage hinter der ausgleichenden zurücktritt, da in erster Linie Beseitigung des dem Recht des Klägers widersprechenden Zustandes erstrebt wird, ist die Verhütung einer Rechtsverletzung alleiniger Zweck bei der cautio damni infecti, (nondum facti)[2]: Hier kann der Grundstückseigentümer, wenn durch den Einsturz eines auf dem Nachbargrundstück stehenden Werkes ein Schaden droht, eine promissorische Kaution wegen Ersatzes des eventuellen künftigen Schadens verlangen. Wird diese cautio nicht geleistet, so erteilt der Prätor die missio in possessionem (ex primo decreto) des gefahrdrohenden Grundstückes, und zwar zunächst nur custodia causa. Wird dann weiter während einer angemessenen Frist die cautio nicht geleistet, so erfolgt auf Verlangen des Bedrohten die missio in possessionem ex secundo decreto, durch die der Bedrohte juristischen Besitz und prätorisches Eigentum an dem gefahrdrohenden Grundstück erlangt.

Im gemeinen Recht traten wesentliche Änderungen der Ansprüche bei drohendem Schaden nicht ein, wenn auch das Geltungsgebiet der actio negatoria bedeutend erweitert wurde, da die actio negatoria jetzt auch zum Schutze gegen Immissionen gegeben wurde.[3]) Bedeutsam aber war für die Entwickelung vorbeugender Klagen der Umstand, daß der Grundsatz der Geldkondemnation aufgegeben wurde. Während früher das Urteil stets auf Zahlung einer Geld-

---

[1]) Windscheid-Kipp § 198, a. A. Dernburg § 256.
[2]) Vgl. Szyhlarz S. 177.
[3]) Z B. RG. 11,343 gegen vom Nachbarhause eindringende Feuchtigkeit, RG. 11,345 gegen Immissionen von Rauch, vgl. auch RG. 30 S. 114.

summe ging und der Verpflichtete nur das Recht hatte, sich durch die eigentlich geschuldete Leistung von dieser Verbindlichkeit zu befreien, lautete jetzt das Urteil auf die Leistung (oder die Unterlassung) selbst. Damit war natürlich eine Änderung der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung notwendig. Uns interessiert hier vor allem die Vollstreckung der Ansprüche auf Unterlassung, da hierauf naturgemäß die Mehrzahl der Ansprüche zur Verhütung drohender Störungen geht. Die neue Regelung der Zwangsvollstreckung von Unterlassungsansprüchen gründete sich auf germanische Rechtsgedanken. Das germanische Recht kannte für Unterlassungsansprüche die Form des Urteilserfüllungsgelöbnisses: der unterliegende Beklagte mußte dem Kläger für jeden Fall weiterer Störung die Leistung einer Vertragsstrafe versprechen.[1]) Im 11. Jahrhundert trat hierin eine Änderung ein, indem die Staatsgewalt jetzt selbst die Durchführung der Unterlassungspflichten übernahm durch Androhung des Königsbannes und namhafter Geldbußen. Der Ungehorsam gegen das Urteil wurde jetzt also mit öffentlicher Strafe geahndet.[2]) Diese Art der Vollstreckung widersprach den Grundsätzen des römischen Rechts und wurde daher durch die Rezeption wahrscheinlich zunächst verdrängt.[3]) Aber schon zu Beginn des 17. Jahrhunderts wird diese Art der Zwangsvollstreckung wieder üblich und auch in der Gesetzgebung anerkannt. So bestimmt der jüngste Reichstagsabschied von 1654 folgendes: Wenn etwas zu unterlassen aufgegeben worden ist, so soll auf den Fall des Dawiderhandelns eine Strafe gesetzt und diese event. eingezogen werden. Diese Art der Vollstreckung von Unterlassungsansprüchen ist in der gemeinrechtlichen Praxis dann allgemein üblich gewesen[4]) und findet sich auch in der Zivilprozeßordnung von 1877 im § 775 (jetzt § 890). Damit war die Möglichkeit einer zweckmäßigen Zwangsvollstreckung geschaffen und wir begegnen daher in der Gesetzgebung seitdem häufig vorbeugenden Ansprüchen auf Unterlassung, so schon im alten HGB. von 1869 in Art. 27 zum Schutz gegen unbefugten Gebrauch einer Firma, ferner im unlauteren Wettbewerbsgesetz von 1896 zum Schutz des Rechts des Gewerbetreibenden an seinen Absatzbeziehungen. Bald wurde auch der Versuch gemacht, das Gebiet der einzelnen Unterlassungsklagen

[1]) Stephan S. 14.
[2]) Ficker, Bd. 1, S. 35; Kohler in Holtzendorffs Enzykl. Bd. 2, S. 187.
[3]) Sintenis in Z. f. Ziv.-Recht und Prozeß, Bd. 11, S. 82.
[4]) Menger im Arch. f. ziv. Prax. 55, S. 391, 392.

zu erweitern und eine allgemeine Unterlassungsklage zu begründen. So leitete Ihering[1]) eine allgemeine Unterlassungsklage her aus der actio iniuriarum,[2]) indem er in jeder Rechtsverletzung eine Mißachtung der Persönlichkeit erblickte. Wenn diese Konstruktion auch in der Praxis einige Erfolge erzielte,[3]) so verhielt sich doch die Wissenschaft ablehnend dagegen.[4]) Hierzu war man um so leichter geneigt, weil die Zivilprozeßordnung in den Vorschriften über einstweilige Verfügungen (§ 935, § 940) für viele Fälle ein Mittel gewährt, das geeignet ist zur Verhütung eines drohenden Schadens. Daß dieses Mittel aber nicht eine vorbeugende Klage zu ersetzen vermag, wird später nachgewiesen werden.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich eine größere Anzahl von vorbeugenden Klagen: zunächst eine der römischen actio negatoria ähnliche Klage in § 1004: Hier kann auf Unterlassung geklagt werden, wenn das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird und weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Eine ähnliche Klage gewährt § 12 zum Schutze des Namensrechtes und § 862 zum Schutze des Besitzes. Auf die §§ 1004 und 862 wird ferner wiederholt verwiesen (vgl. § 1017, § 1027, § 1029, § 1065, § 1090, § 1227). Endlich sind noch eine Anzahl vorbeugender Klagen gegeben im Nachbarrecht, so in § 907 gegen Errichtung von Anlagen, von denen unzulässige Einwirkungen mit Sicherheit zu erwarten sind, in § 908 gegen drohende Beschädigung durch Einsturz eines Gebäudes, in § 909 gegen gefährdende Vertiefung des Nachbargrundstückes, und endlich im Hypothekenrecht in § 1134 gegen die Hypothek gefährdende Grundstücksverschlechterung.

Wenn hierin auch eine bedeutende Entwickelung des vorbeugenden Rechtsschutzes liegt, so ist doch auch im BGB. eine allgemeine vorbeugende Klage nirgends ausdrücklich gewährt; dennoch hat die Praxis und besonders das RG. in ständiger Rechtsprechung eine solche aus dem Gesetz herauszulesen versucht, und zwar aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Diese Bestrebungen sind in der Literatur teils stürmisch begrüßt, teils lebhaft bekämpft.

Grundlegend ist für diese Rechtsprechung eine Entscheidung

[1]) Dogm. Jahrb. 23, 267.
[2]) L. 27 § 14 Dig. 9, 2.
[3]) Vgl. RG. in JW. 03 S. 11.
[4]) Vgl. Lau in Gruch. Beitr. 47. S. 497ff. Anm. 1 u. 3.

des Reichsgerichts vom 11. April 1901.[1]) Hier will das Reichsgericht eine Klage auf Unterlassung im Falle der §§ 823, 826 wenigstens da gewähren, wo unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde und weitere Eingriffe zu besorgen sind, wo also mit der Klage die Fortsetzung oder Vollendung der verübten bezw. begonnenen Schädigung verhütet werden soll. Das Reichsgericht begründet diesen Rechtssatz mit der Erwägung, daß das Gesetz, wenn es ein Recht gewährt oder eine Pflicht auferlegt (wie in § 823, § 826 geschehen), auch die Möglichkeit gewähren müsse, den Anspruch hierauf, also zutreffendenfalls den Anspruch auf Unterlassung, im Wege der Klage zu verfolgen. Abgelehnt wird vom Reichsgericht dagegen die Deduktion des ersten Richters (L.G. Hamburg, Kammer f. Handelssachen), der die Unterlassungsklage zugelassen hatte aus dem Grundsatz der §§ 249ff. (Naturalrestitution) und dem Gesichtspunkt eines durch Aufrechterhaltung der Drohung von seiten des Beklagten geschaffenen, rechtsverletzenden Zustandes. Ob eine Analogie der negatorischen Klage zu verwerten sei, läßt das Reichsgericht dahingestellt.

In späteren Entscheidungen aber wird diese allgemeine Unterlassungsklage auf analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004 gestützt,[2]) wozu das Reichsgericht sich anfangs offenbar nicht hatte entschließen können. Das Reichsgericht gibt daher die Unterlassungsklage auch dann, wenn wegen mangelnden Verschuldens Schadensersatz nicht begehrt werden kann, da, wie in § 1004, der objektiv widerrechtliche Eingriff bei Vorliegen von Wiederholungsgefahr genügt, um diesen Anspruch auszulösen.

Ob ein bereits erfolgter Eingriff Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs ist, wird in den einzelnen Entscheidungen verschieden beurteilt: während das Reichsgericht meist die erfolgte Verletzung als Voraussetzung des Unterlassungsanspruches ansieht,[3]) hält es in anderen Entscheidungen[4]) das Drohen eines Eingriffs für ausreichend, wenn der Grund positiv gegeben und naheliegend ist.

Diese Grundsätze hat das Reichsgericht in neueren Entscheidungen in verschiedener Beziehung eingeschränkt: In RG. 71 S. 85 ist eine Klage auf Unterlassung ehebrecherischen Verkehrs

---

[1]) RG. 48, S. 114.
[2]) Vgl. RG. 60, 6; 61, 367; RG. in JW. 05 S. 174.
[3]) Vgl. RG. 60, S. 6; 61 S. 367; Sächs. Arch. 13 S. 72; JW. 05 S. 174 und 237.
[4]) Vgl. RG. 67, S. 153.

abgewiesen, weil die öffentliche Strafe (§ 172 StGB.) der privatrechtlichen keinen Raum lasse und ein Bedürfnis für sie nicht bestehe. Derselbe Gesichtspunkt wird auch im RG. 77, S. 220 hervorgehoben.

Eine weitere Einschränkung des Unterlassungsanspruchs gibt RG. 78 S. 212: Während früher das Reichsgericht die Unterlassungsklage im Falle des § 824 Abs. 2 (fahrlässige Kreditgefährdung in Wahrung berechtigter Interessen) gegeben hatte, wenn eine Verletzung erfolgt ist und weitere drohen,[1]) weist das Reichsgericht hier eine Klage auf Unterlassung ab, weil nur Wiederholungen drohen, die auch ihrerseits wieder unter dem Schutze des § 824 Abs. 2 stehen würden. Das Reichsgericht kommt also zu dem Resultat, daß eine Kreditgefährdung oder eine Beleidigung in Wahrung berechtigter Interessen wohl einen Unterlassungsanspruch auslösen kann, dieser Anspruch sich aber nicht gegen solche Handlungen richtet, die dieser ersten ganz gleich sind. Dieses Resultat muß m. E. stutzig machen und mit Recht kommen daher dem Reichsgericht Bedenken darüber, ob die Unterlassungsklage nicht von vornherein deshalb für unzulässig zu erachten gewesen wäre, weil die Behauptungen, die den Anlaß zur Klage gegeben hatten, unter dem Schutze des Abs. 2 von § 824 standen.

Eine andere Begründung einer allgemeinen Unterlassungsklage gibt RG. 77 S. 217. Hier wird die in Bd 48 S. 114 ausdrücklich zurückgewiesene Konstruktion aus dem Prinzip der Naturalrestitution verwendet: eine Klage auf Unterlassung von Eingriffen in den allgemeinen Rechtskreis eines anderen ist dann gegeben, wenn durch eine vorausgegangene, unerlaubte Handlung ein den Kläger dauernd schädigender Zustand geschaffen ist, der durch den Unterlassungszwang beseitigt wird, sodaß also die Unterlassung Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne von § 249 bedeutet. Voraussetzung hierbei ist, daß eine Wiederholung des in der Vergangenheit liegenden Eingriffs ernstlich zu befürchten ist, und daß in dem Eingriffe der volle subjektive und objektive Tatbestand der unerlaubten Handlung verwirklicht ist. Hiermit weicht das Reichsgericht wesentlich von seiner bisherigen Rechtsprechung ab.

Ob und wieweit diese Rechtsprechung des Reichsgerichts zu billigen ist, und welche anderen Vorschläge in der Literatur zur Begründung einer allgemeinen Klage zur Verhütung drohenden Schadens gemacht sind, soll den Kern dieser Arbeit bilden.

[1]) Vgl. RG. 60, S. 6; 61, S. 367.

B. Positive Regelung der Ansprüche zur Abwendung drohenden Schadens.

Bevor wir uns der Betrachtung einer allgemeinen vorbeugenden Klage zuwenden, ist es zweckmäßig, zunächst diejenigen vorbeugenden Schutzmittel zu betrachten, die im Gesetz positiv geregelt sind.

§§ 12, 1004, 862.

Vorbeugender Rechtsschutz wird in der Form der Klage auf Unterlassung von Störungen in ganz ähnlicher Weise in drei Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches gewährt:

§ 12 bestimmt:

> „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten, oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, daß ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

§ 1004 bestimmt:

> „Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen"

und § 862 bestimmt:

> „Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er vom Störer Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen."

Auf die beiden letzteren Paragraphen wird wiederholt Bezug genommen, so auf § 1004 in den §§ 1017 (Erbbaurecht), 1027 (Grunddienstbarkeit), 1065 (Nießbrauch an Sachen), 1227 (Pfandrecht an Sachen),

auf § 862 in § 1029 (Besitz an Grunddienstbarkeiten),

und auf beide §§ in § 1090 (beschränkte persönliche Dienstbarkeiten).

Die Übereinstimmung der drei Paragraphen 12, 1004 und 862 besteht darin, daß alle drei eine vorbeugende Klage auf Unterlassung gewähren, wenn ein Eingriff in das geschützte Recht verwirklicht ist und Wiederholung droht. Dieser Grund rechtfertigt es wohl, diese drei Paragraphen zusammen zu behandeln. Gesondert zu betrachten sind nur die Eingriffe, die in den einzelnen Fällen den Unterlassungsanspruch auslösen, da diese naturgemäß bei dem verschiedenen Inhalt der geschützten Rechtsgüter verschieden sind. Wir betrachten daher zunächst die verschiedenen Arten der möglichen Störungen.

§ 12 gewährt Schutz gegen unberechtigten Gebrauch eines Namens. Bestritten ist, was hierunter zu verstehen ist, ob durch § 12 dem Unberechtigten nur der Gebrauch des Namens zur Kennzeichnung für die eigene Person oder auch zur Bezeichnung von Waren verboten ist. Der Wortlaut des § 12 gibt für die Entscheidung dieser Frage keinen sicheren Anhalt, wenn auch m. E. schon der Sprachgebrauch in der Verwendung eines Namens zur Bezeichnung einer Ware ein Gebrauchmachen sieht. Ich halte diese Auffassung aber auch deshalb für die richtige,[1]) weil sonst der Verletzte gegen derartige Beeinträchtigungen in den Fällen, in denen eine Klage aus § 14 Warenzeichengesetz nicht gegeben ist, und auch der Tatbestand der Beleidigung nicht vorliegt, kein Schutzmittel haben würde. Nicht gegen diese Ansicht spricht,[2]) daß § 12 unter den allgemeinen Vorschriften über die Person steht, da auch bei unserer Auffassung in § 12 ein Schutz der Person des Berechtigten enthalten ist, der diese Stellung im System rechtfertigt.

Die Beeinträchtigungen des Rechts zum Gebrauch eines Namens können nach § 12 verschiedener Art sein: Das Recht kann dem Berechtigten von einem anderen bestritten werden, oder das Interesse des Berechtigten kann dadurch verletzt werden, daß ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht.

Das Bestreiten des Namens kann durch Worte oder Taten geschehen.[3]) Notwendig ist aber, daß die Eingriffe sich auf die

---

[1]) Vgl Staudinger § 12, IV, 3a, 1; RG. Komm. § 12, 5; vgl. auch RG. 69, 310.
[2]) Diese Ansicht vertritt Ramdohr in Gruchots B. 43 S. 72.
[3]) Vgl. Ramdohr a. a. O. S. 73; Oertmann § 12, 4d.

Befugnis des Berechtigten, diesen Namen zu gebrauchen, beziehen und nicht nur den Anspruch darauf, daß dieser Name gebraucht werde, verletzen.[1]) Diese Befugnis zum Gebrauch eines Namens wird durch ein bloß negatives Verhalten regelmäßig nicht verletzt, da darin, daß jemand es unterläßt, einen bestimmten Namen zu gebrauchen, noch nicht die für den Begriff der Bestreitung des Namensrechts wesentliche Behauptung zum Ausdruck kommt, der andere dürfe diesen Namen nicht führen. In einem Unterlassen kann man daher eine Bestreitung des Namensrechtes nur dann finden, wenn die Absicht, das Recht zum Gebrauche des Namens bestreiten zu wollen, erkennbar ist.

Praktisch von wesentlich größerer Bedeutung ist der andere Fall der Verletzung des Namensrechtes: jemand gebraucht unbefugt den gleichen Namen. Häufig vorkommende Verletzungen dieser Art sind: ein unbedeutender Schauspieler tritt unter dem Namen eines berühmten Kollegen auf (und lockt dadurch viele Zuschauer an) oder ein unbekannter Anfänger veröffentlicht ein Buch unter dem Namen eines bekannten Schriftstellers (das deshalb reißenden Absatz findet). Beachtenswert ist, daß § 12 in diesem Falle des Namensgebrauchs durch einen Unberechtigten einen Schutz nur dann gewährt, wenn durch den Namensgebrauch das Interesse des Berechtigten beeinträchtigt wird. Hierdurch wird der Schutz des Namens erheblich eingeschränkt, da jetzt nicht jeder Müller und jeder Schulze verlangen kann, daß niemand diesen Namen gebraucht, weil es für ihn normalerweise ganz gleichgültig ist, ob sich zu den Tausenden wirklicher Müllers und Schulzes noch ein Unberechtigter gesellt.[2])

Wir kommen nun zu den Störungen, gegen die § 1004 Schutz gewährt. Es muß sich nach § 1004 um Eingriffe handeln, die nicht in einer Störung oder Beeinträchtigung des Besitzes bestehen. Da nach § 903 der Eigentümer andere von jeder Einwirkung ausschließen kann, ist jede Einwirkung auf die Sache eine Beeinträchtigung des Eigentums, sofern nicht der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist. Inwieweit dies der Fall ist, richtet sich für Grundstücke nach § 906, der bestimmt:

„Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Erschütterungen und ähnliche, von einem anderen Grundstücke aus-

[1]) Isaak S. 76.
[2]) Oertmann § 12, 4b S. 88.

gehenden Einwirkungen insoweit nicht verbieten als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken diese Lage gewöhnlich ist.

Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig."

Einwirkungen sind also — außer bei Zuführung durch besondere Leitung — erlaubt, wenn sie das Gruudstück nur unwesentlich beeinträchtigen oder wenn sie ortsüblich sind. Ob die Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigt wird, richtet sich nicht nach der Person des jeweiligen — mehr oder minder empfindlichen Nachbarn — sondern nach objektivem Maßstab.[1])

Mit der Aufstellung des Begriffes der Ortsüblichkeit will das Gesetz sagen:[2]) „Wenn in einer bestimmten Gegend die Grundstücke gewöhnlich so benutzt werden, daß die Benutzung der anderen Grundstücke dieser Gegend dadurch beeinträchtigt wird, so sollen alle Grundstücke gleich behandelt werden, selbst wenn die Beeinträchtigung der Grundstücke noch so wesentlich ist. Es kommt hiernach also nicht darauf an,[3]) ob die benachteiligende Anlage älter ist, als die Benutzung des benachteiligten Grundstücks, sondern nur darauf, ob eine derartige Benutzung bei Grundstücken dieser Gegend üblich ist; es wird daher der Eigentümer eines Gartens, der in einer Fabrikgegend liegt, nicht geschützt, wenn durch Ausdehnung der Fabrikgegend der Rauch so stark wird, daß die Benutzung des Gartens wesentlich beeinträchtigt wird, da diese Einwirkung durch einen Gebrauch der anderen Grundstücke herbeigeführt wird, der nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Art gewöhnlich ist.

Die Beeinträchtigungen, gegen die § 862 Schutz gewährt, werden als „Störungen des Besitzes durch verbotene Eigenmacht" bezeichnet. Nach § 858 begeht verbotene Eigenmacht, wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört. Da, wie sich aus § 854 ergibt, Besitz die tatsächliche Gewalt über eine Sache ist, liegt eine Besitzstörung durch verbotene

---

[1]) Wolff, Sachenrecht § 53, II, 1; Biermann § 906, 2a; Dernburg Bd. 3 § 80, 6; Meisner S. 99; Roth S. 22.

[2]) Vgl. Meisner S. 102.

[3]) So Biermann § 906, 2b.

Eigenmacht dann vor, wenn der Zustand der tatsächlichen Herrschaft des Besitzers über die Sache beeinträchtigt wird.[1]) Eine bestrittene Frage ist hier, ob Immissionen, gegen die der Eigentümer durch § 1004 geschützt ist, (vgl. oben), den Tatbestand des § 862 erfüllen. Diese Frage ist m. E. zu verneinen,[2]) da durch Immissionen die tatsächliche Herrschaft über das Grundstück regelmäßig nicht gestört wird, also von einer Beeinträchtigung des Besitzes nicht die Rede sein kann. Anders läge der Fall allerdings dann, wenn die Immissionen derart sind, daß der Besitzer tatsächlich in der Gewalt über die Sache gestört wird, so z. B. wenn vom Nachbargrundstück Schwefeldämpfe eindringen, die es dem Besitzer unmöglich machen, die Herrschaft über die Sache auszuüben.

Wir haben nun gesehen, welcher Art die Einwirkungen sind, gegen die die §§ 12, 1004, 862 Schutz gewähren. Hierbei ist es gleichgültig,[3]) ob die Störungen auf einem Verschulden des Störers beruhen oder nicht, da in dem genannten Paragraphen das Erfordernis des Verschuldens nicht aufgestellt ist. Müssen diese Einwirkungen nun, um den Unterlassungsausspruch auszulösen, bereits verwirklicht sein? Eltzbacher[4]) nimmt dies an und begründet es damit, daß unsere Rechtsordnung dieses Rechtsschutzmittel nur da habe gewähren wollen, wo dies ohne zu große Härte möglich sei. M. E. ist es aber keine größere Härte, die Unterlassungsklage schon da zu gewähren, wo die Verletzung ernstlich droht, als nur da, wo bereits eine Verletzung stattgefunden hat: denn wo die drohende Verletzung von dem Störer schuldhaft herbeigeführt ist, da kann ich keine Härte darin sehen, wenn er zur Unterlassung verurteilt wird, wo aber die drohende Lage ohne sein Verschulden herbeigeführt ist, da ist die Härte dieselbe, wie da, wo er nach erfolgter schuldloser Verletzung zur Unterlassung verurteilt wird. Außerdem ist dieser zweite Fall praktisch von geringer Bedeutung, da eine schuldlose Verletzung meist nicht solange vorher zu drohen pflegt, daß der Bedrohte noch in der Lage ist, eine Klage auf Unterlassung der Beeinträchtigung zu erheben. Ferner ist auch in

---

[1]) Vgl. Meisner S. 276.

[2]) Anders h. M. vgl. Wolff § 17, I, 2; Meisner S. 14 Anm. 2; Dernburg § 25, II; Staudinger § 858, II, 2; Volkmar in DJZ. 01, 382; OLG. 9, 296.

[3]) So schon Mot III S. 425; ferner Planck § 1004, 2d; Matthiaß § 175, I, b; Dernburg III § 125, 3; Wendel S. 12.

[4]) S. 157.

der Drohung mit einer tatsächlichen Beeinträchtigung schon oft eine Verletzung zu sehen, so z. B. wenn die Drohung mit der Störung den Erfolg hat, daß der Bedrohte eine Handlung, zu der er durch sein Recht befugt ist, unterläßt.[1]) Denn hier ist der Erfolg schon derselbe, als ob der Eingriff, etwa die Besitzstörung, schon erfolgt sei. Die herrschende Meinung stellt daher eine drohende tatsächliche Verletzung mit Recht der erfolgten gleich, wenn die Verwirklichung des Eingriffs nach den getroffenen Vorbereitungen mit Sicherheit zu erwarten ist.[2])

Endlich ist Voraussetzung der vorbeugenden Klage aus den genannten drei Paragraphen, daß, wenn eine Rechtsverletzung stattgefunden hat, Wiederholungsgefahr besteht. Diese wird sich zuweilen schon aus der Tatsache der einmaligen Verletzung ergeben, so z. B. wenn der Nachbar des Klägers, um den Weg zur Stadt abzukürzen, über das Grundstück des Klägers gefahren ist. In anderen Fällen dagegen wird die einmalige Rechtsverletzung allein die Wiederholungsgefahr noch nicht begründen; dann ist zu untersuchen, ob das Verhalten des Störers einen Schluß darauf zuläßt.

Damit haben wir die Voraussetzungen für die Unterlassungsklage aus den §§ 12, 1004, 862 genannt.

§ 909:

Im Anschluß an § 1004 ist § 909 zu behandeln, der bestimmt:

„Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, daß für eine anderweitige Befestigung gesorgt ist."

Daß dieser Paragraph nur eine Bestimmung ist zum Schutze des gefährdeten Nachbargrundstücks, also rechtliche Bedeutung nur durch die im § 823,2 statuierte Schadensersatzpflicht hat, ist nicht anzunehmen. Vielmehr spricht die Stellung des § 909 hinter den Vorschriften über die Ausdehnung des Eigentums dafür, daß es sich hier um einen Spezialfall von Beeinträchtigungen eines Gründstückes handelt,[3]) § 909 also eine Erweiterung der Klage aus § 1004 ist.

---

[1]) Vgl. auch Wendel S. 9.

[2]) Vgl. Cosack § 190, III; Biermann § 1004, 1; Enneccerus § 93, I, 1b; Staudinger zu § 1004, 2c; RG. in JW. 08, 274; OLG. 4, 290. A. A. Dernburg III, § 80, 10.

[3]) Ebenso Planck § 909,2; Meisner S. 131.

Voraussetzung der Klage auf § 909 ist also, daß eine Vertiefung stattgefunden hat oder vorbereitet wird. Zweifelhaft kann sein, wieweit der Begriff der Vertiefung auszulegen ist. Streitig ist hier der Fall geworden, daß ein Gebäude abgerissen wird und dadurch das Nachbarhaus den Halt verliert. M. E. liegt hierin eine Vertiefung des Grundstücks im Sinne des § 909 nicht, da § 909 nur davon spricht, daß der Boden des Grundstücks durch die Vertiefung seine Stütze nicht verlieren darf, das geschieht aber in diesem Falle nicht. Der Hauseigentümer darf daher sein Gebäude wegreißen, auch wenn das Nachbargebäude dadurch seine Stütze verliert. Schadenersatzpflichtig würde er sich nur in dem Falle machen, daß er schuldhaft die erforderlichen Sicherheitsmaßregeln zu treffen unterläßt (§ 823,2 in Verbindung mit § 367, Nr. 14 StGB).[1]) Die erforderliche Stütze kann der Boden des Nachbargrundstücks dagegen z. B. dadurch verlieren, daß durch die Vertiefung des Grundstücks sich der Grundwasserstand senkt und infolgedessen der Boden des Nachbargrundstücks seine Tragfähigkeit verliert.[2])

Wenn § 909 — ebenso wie die gleich zu besprechenden §§ 907 und 908 — von Nachbargrundstücken spricht, so ist damit nicht gemeint, daß das vertiefte Grundstück und das Grundstück, dessen Boden die erforderliche Stütze verliert, unmittelbar aneinanderstoßen müssen, wenn dies natürlich auch die Regel sein wird. Unter „Nachbargrundstücken" sind vielmehr alle Grundstücke zu verstehen, auf die sich wegen ihrer räumlichen Lage die unzulässige Einwirkung erstreckt.[3]) Die Klage aus § 909 ist also z. B. auch dann gegeben, wenn am Abhang eines Berges drei Grundstücke übereinander liegen und infolge der Vertiefung des untersten Grundstücks nicht nur das mittlere, sondern auch das obere abzurutschen droht.

Daß derjenige, der die Vertiefung des Grundstücks vorgenommen hat, voraussehen konnte, daß der Boden des Nachbargrundstückes die erforderliche Stütze verlieren würde, daß ihn also Verschulden trifft, ist auch hier nicht erforderlich, da es sich um eine negatorische Klage handelt.

Klagberechtigt sind im Falle der Vertiefung des Nachbargrundstücks die Eigentümer und die dinglichen Nutzungsberechtigten,

---

[1]) So auch RG. 38, S. 183; vgl. Meisner S. 134.
[2]) Vgl. RG. 62, 372.
[3]) Vgl. Dernburg, III, § 80, 5; Meisner S. 113.

denen das Gesetz denselben Schutz gewährt wie dem Eigentümer.[1]) Die weitergehende Ansicht von Biermann[2]) nach der auch dem Besitzer die Klage aus § 909 zustehen soll, da er ein rechtliches Interesse an der ungeschmälerten Erhaltung des Grundstücks habe, ist nicht haltbar, da die Stellung des § 909 zeigt, daß es sich hier um die Abgrenzung der Eigentumsverhältnisse benachbarter Grundstücke handelt.[3]) Die Klage richtet sich gegen denjenigen, der die unzulässige Vertiefung vornehmen will,[4]) da dieser das Eigentum des Klägers verletzt.

Das Ziel der Klage ist die Unterlassung der Vertiefung, nicht etwa die Herstellung anderweitiger Befestigungen: zu dieser ist der Beklagte nur berechtigt, aber nicht verpflichtet. Diese Bestimmung ist deshalb getroffen, um trotz Wahrung der Interessen des Nachbarn doch dem Eigentümer möglichste Freiheit in der Benutzung seines Grundstücks zu sichern.

§ 907.

Die bis jetzt besprochenen Gesetzesstellen gewährten vorbeugende Ansprüche nur in Form der Klage auf Unterlassung. Einen — jedenfalls unter Umständen — viel weitergehenden vorbeugenden Rechtsschutz gewährt § 907. § 907 lautet:

> Der Eigentümer eines Grundstücks kann verlangen, daß auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Genügt eine Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so kann die Beseitigung erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung tatsächlich hervortritt.
>
> Bäume und Sträucher gehören nicht zu Anlagen im Sinne dieser Vorschriften.

Dieser § gewährt dem Grundstückseigentümer einen vorbeugenden Schutz gegen unzulässige Einwirkungen, die ausgehen von Anlagen auf dem Nachbargrundstück. Welche Einwirkungen unzulässig sind, entscheidet sich nach den Regeln, die für die Klage

---

[1]) Vgl. § 1017, § 1027, § 1065, § 1090.
[2]) Vgl. § 909.
[3]) So Staudinger § 909, 1 b; Planck § 909,2 a.
[4]) Vgl Meisner S. 132; Biermann § 909.

aus § 1004 gelten. Die Voraussetzungen des § 907 sind im einzelnen folgende:

Die drohenden Einwirkungen müssen Folgen sein des Bestandes oder der Benutzung von „Anlagen". Solche „Anlagen" sind z. B.:[1]) Dunggruben, Schlammgräben, Schmutzkanäle, Aborte, Häute- und Knochenlager, Schweineställe, Fisch- und Geflügelschlächtereien, Schmieden, Backöfen, Brauereien, Wollwäschereien, Salzmagazine, Gruben mit ätzenden Flüssigkeiten, Rauchwarenzubereitungsanstalten, Färbereien und elektrische Leitungen. Nicht dagegen fallen unter den Begriff der Anlage bloß räumliche Veränderungen, wie Erhöhung oder Tieferlegung des Grundstücks,[2]) da man unter Anlagen nur Werke verstehen kann, die eine gewisse Selbständigkeit haben.

Voraussetzung für die vorbeugende Klage ist weiter, daß die unzulässigen Einwirkungen mit Sicherheit zu erwarten sind. Es genügt also nicht, daß sie nur möglich oder wahrscheinlich sind.[3]) Mit Sicherheit ist die Einwirkung bei Anlagen, die nur bei Hinzutreten menschlicher Tätigkeit funktionieren, nur dann zu erwarten, wenn die unzulässigen Einwirkungen auch bei ordnungsmäßiger Instandhaltung und ordnungsmäßiger Bedienung auftreten.[4])

Der vorbeugende Anspruch aus § 907 ist aber in verschiedener Beziehung eingeschränkt. Zunächst sind Anlagen im Sinne des § 907 nicht Bäume und Sträucher. Für diese gelten die Spezialbestimmungen der §§ 910, 911, 923, und, sofern es sich um Obstbäume handelt, evtl. Landesrecht.[5]) Sodann kann die vorbeugende Klage aus § 907 nicht erhoben werden, wenn den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, genügt ist. Das BGB. hat solche ins Einzelne gehende Bestimmungen nicht selbst getroffen, weil bei derartigen Vorschriften den jeweiligen örtlichen Verhältnissen Rechnung getragen werden muß.

Der Anspruch aus § 907 ist ferner für gewisse Fälle reichsgesetzlich eingeschränkt durch § 26 GO., der folgendes bestimmt:

> Soweit die bestehenden Gesetze zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen, welche von einem Grundstück aus auf ein

---

[1]) Vgl. Hörle, Verw. Arch. 10 S. 393.
[2]) Vgl. Meisner S. 113; RG. 53 S 253.
[3]) Roth S 78.
[4]) Vgl. Meisner S 116; Biermann § 907; Planck § 907,3.
[5]) Vgl. Art. 122 EG. BGB.

benachbartes Grundstück geübt werden, dem Eigentümer oder Besitzer des letzteren eine Privatklage gewähren, kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligenden Einwirkungen ausschließen, oder wo solche Einwirkungen untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden.

Die hier gegebene Einschränkung trifft natürlich nicht nur die Klagen auf Beseitigung des beeinträchtigenden Zustandes, sondern in gleicher Weise den vorbeugenden Anspruch aus § 907. Diese Einschränkung ist ohne Schädigung der Nachbarn möglich, weil sie Einwendungen gegen die Errichtung in dem der Genehmigung vorausgehenden Verwaltungsverfahren geltend machen können[1]).

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so kann der Bedrohte auf Grund des § 907 Klage erheben darauf, daß die Anlagen nicht errichtet werden, und, wenn sie bereits errichtet sind, daß sie wieder beseitigt werden. Der vorbeugende Schutz des Klägers ist hier also insofern erweitert, als der Kläger sich nicht damit zu begnügen braucht, daß nur die Benutzung der Anlagen dem Störer untersagt wird. Diese Klage auf Nichtherstellung oder auf Wiederbeseitigung der Anlagen ist auch dann begründet, wenn die Störungen durch Anbringung von Schutzmaßregeln beseitigt werden können; doch muß sich der gestörte Nachbar mit Anbringung derartiger Schutzmaßregeln zufrieden geben.[2])

§ 908:

Ein weiterer Anspruch zur Abwendung drohenden Schadens findet sich in § 908:

Droht einem Grundstücke die Gefahr, daß es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes, das mit dem Nachbargrundstücke verbunden ist, oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes beschädigt wird, so kann der Eigentümer von demjenigen, welcher nach den §§ 836 Abs. 1 oder den §§ 837, 838 für den eingetretenen Schaden verantwortlich sein würde, verlangen, daß er

[1]) Vgl. § 17 Abs. 2 GO.
[2]) Vgl. Hörle a. a. O. S. 394 Anm. 101; Meisner S. 117.

die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Vorkehrungen trifft.

Der hier gegebene Anspruch hat Ähnlichkeit mit der römisch-rechtlichen cautio damni infecti. Ein großer Fortschritt aber besteht gegenüber diesem römisch-rechtlichen Institut darin, daß nach BGB. § 908 der Beklagte zu positivem Tun, zur Ergreifung der zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen verpflichtet ist, während in Rom der Beklagte nur zur Leistung der cautio verpflichtet war. Welche Maßnahmen erforderlich sind, hat der Kläger in der Klage nicht anzugeben,[1]) sondern er muß es dem Beklagten überlassen, durch welche Vorkehrungen dieser die Gefahr abwenden will.

Voraussetzung dieses vorbeugenden Anspruches ist, daß die Gefahr für das Grundstück durch Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes, das mit dem Nachbargrundstücke verbunden ist, oder durch Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes droht. Unter solchen Werken sind alle künstlich, durch planmäßige, menschliche Tätigkeit hergestellten, unbeweglichen Gegenstände zu verstehen.[2]) Daß die Werke wesentliche Bestandteile des Grundstückes im Sinne der §§ 94, 95 sind, ist nicht für erforderlich zu halten.[3]) Werke im Sinne des § 908 sind also außer den Gebäuden z. B. Brunnen, Wasserleitungen, Mauern, Gerüste, elektrische Leitungen, sodann Buden und Karussells, sofern sie mit dem Grund und Boden verbunden sind, ferner Fensterläden, Markisen und Doppelfenster.

Die Gefahr muß ferner „drohen". Es ist also nicht wie im § 907 erforderlich, daß die Schädigung „mit Sicherheit" zu erwarten ist. Die Gefahr eines Schadens liegt vor, wenn[4]) unter Zugrundelegung der vorliegenden Umstände und normaler Verhältnisse die Möglichkeit zu gewärtigen ist, daß eine Schädigung eintreten wird.

Die drohende Verletzung muß ihren Grund haben in der Gefahr des Einsturzes oder der Ablösung von Teilen des Werkes, d. h. die Gefahr muß infolge des allgemeinen Naturgesetzes der Schwerkraft drohen.[5]) Der vorbeugende Anspruch des § 908 ist

---

[1]) Vgl. Meisner S. 124.
[2]) Vgl. Oertmann § 836, 2c; Meisner S. 120.
[3]) Vgl. Planck § 836, 1a; Oertmann Arch. f. bürgerl. Recht 38 S. 169.
[4]) Vgl. Meisner S. 122
[5]) Staudinger § 908, 1e; Meisner S. 122.

also nicht gegeben, wenn die Gefahr der Beschädigung nur deshalb besteht, weil das auf dem Nachbargrundstück errichtete Werk in einer Weise benutzt wird, die mit besonderen Gefahren verbunden ist, also z. B. nicht, wenn ein Gebäude auf dem Nachbargrundstück als Pulverfabrik benutzt wird, obwohl hier immer die Gefahr einer Explosion besteht.

Klagberechtigt ist auch hier, wie in den vorherbesprochenen Paragraphen, der Eigentümer und diejenigen dinglich Berechtigten, die denselben Schutz genießen wie der Eigentümer. Die Klage richtet sich gegen den, der nach § 836 Abs. 1 oder den §§ 837, 838 für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde. Nach § 836 Abs. 1 haftet der Eigenbesitzer eines Grundstücks für den durch den Einsturz eines Gebäudes oder Ablösung von Teilen eines Werkes entstehenden Schaden. Daß in § 836 Abs. 1 die Haftung beschränkt ist auf den Fall, daß der Einsturz oder die Ablösung die Folge der fehlerhaften Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist, kommt für die Haftung aus § 908 nicht in Betracht, da dieser Paragraph selbständig die Voraussetzungen der Klage normiert und nur bezüglich der Person des Anspruchsgegners die Verweisung auf § 836 Abs. 1, 837, 838 trifft.[1]) Ebenso ist auch der weitere Zusatz des § 836 hier ohne Bedeutung, wonach die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Besitzer zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Denn wenn die erforderlichen Sicherheitsmaßregeln getroffen sind, so ist ja gerade der Anspruch aus § 908 erfüllt. Der Anspruch des § 908 richtet sich weiter gegen denjenigen, der auf einem fremden Grundstück in Ausübung eines Rechts ein Gebäude oder ein anderes Werk besitzt (§ 937). Besitzer eines Werkes auf einem fremden Grundstück „in Ausübung eines Rechtes“ ist nicht nur derjenige, der den Besitz des Werkes in Ausübung eines dinglichen Rechtes an dem Grundstücke hat, sondern z. B. auch der Mieter und der Pächter, der zu einem vorübergehenden Zweck ein Gebäude oder ein sonstiges Werk mit dem Grundstücke verbunden hat,[2]) da § 837 nicht verlangt, daß das ausgeübte Recht ein Recht „an“ dem Grundstücke sein muß. Endlich ist der Klage aus § 908 gegenüber derjenige passiv legitimiert, der die Unterhaltung des Gebäudes oder des Werkes für den Besitzer über-

[1]) Ebenso Meisner S. 124.
[2]) Meisner S. 125; Oertmann § 837; Planck § 837.

nimmt oder das Gebäude oder das Werk vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechtes zu unterhalten hat (§ 838). Die Übernahme der Unterhaltung kann durch selbständigen Vertrag geschehen, häufig aber wird sie eine Nebenvereinbarung eines Miet- oder Pachtvertrages sein. Die Unterhaltung vermöge eines Nutzungsrechts kann vorkommen bei Grunddienstbarkeiten, beim Nießbrauch und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.

§ 1134.

Ein weiterer vorbeugender Anspruch wird in § 1134 dem Hypothekengläubiger gegeben und durch die Verweisung auf die Vorschriften über die Hypothek in § 1192 dem Gläubiger einer Grundschuld.

§ 1134 lautet:

> Wirkt der Eigentümer oder ein Dritter auf das Grundstück in solcher Weise ein, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen.
>
> Geht die Einwirkung von dem Eigentümer aus, so hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen. Das gleiche gilt, wenn die Verschlechterung deshalb zu besorgen ist, weil der Eigentümer die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen andere Beschädigungen unterläßt.

§ 1134 gewährt dem Hypothekengläubiger Schutz, wenn eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des ihm haftenden Grundstücks zu besorgen ist, während ihm in § 1133 besondere Rechte gewährt sind für den Fall, daß die Gefährdung bereits eingetreten ist, nämlich das Recht, eine Frist zur Beseitigung der Gefährdung zu setzen, und wenn dies nicht während der Frist geschieht, sich sofort aus dem Grundstück zu befriedigen. Einer Verschlechterung des Grundstücks im Sinne des § 1133 steht es dabei gleich, wenn Zubehörstücke, auf die sich die Hypothek erstreckt, verschlechtert, oder den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider von dem Grundstücke entfernt werden.

Muß nun, damit die vorbeugende Klage aus § 1134 angestrengt werden kann, eine positive Einwirkung auf das Grundstück bereits eingetreten sein? Der Wortlaut des § 1134 („wirkt der Eigentümer oder ein Dritter auf das Grundstück ein") deutet darauf

hin, daß eine tatsächliche Einwirkung schon stattgefunden haben muß. Eine Anzahl Schriftsteller[1]) dagegen folgern aus dem Gegensatz der §§ 1133 und 1134, daß in § 1133 die Verschlechterung des belasteten Grundstücks schon eingetreten sein müsse, während in § 1134 der vorbeugende Anspruch schon dann gegeben sei, wenn verschlechternde Einwirkungen auf das Grundstück nur bevorständen. Aus dem Gegensatz der beiden Paragraphen 1133 und 1134 ist m. E. für die Frage, ob eine Verschlechterung des Grundstücks bereits stattgefunden haben muß oder nicht, kein Anhaltspunkt zu finden, da der Gegensatz nicht darin besteht, daß im ersten Falle eine Verschlechterung des Grundstücks bereits stattgefunden hat, im zweiten Falle die Verschlechterung des Grundstücks nur droht, sondern darin, daß in § 1133 die Hypothek bereits gefährdet ist, im § 1134 dagegen die Gefährdung der Hypothek erst droht. Während nun die Sicherheit der Hypothek offenbar nur dann verringert ist, wenn eine Verschlechterung des Grundstücks bereits eingetreten ist, kann die Sicherheit der Hypothek bereits bedroht sein, wenn der erste verschlechternde Eingriff in das Grundstück droht; sie braucht aber andererseits trotz drohenden oder erfolgten Eingriffs noch nicht bedroht zu sein, da nicht jede Verschlechterung des Grundstücks zugleich eine Gefährdung der Sicherheit der Hypothek bedeutet; denn auch nach der Verschlechterung kann der Wert des beliehenen Grundstücks die Hypothek als vollkommen gesichert erscheinen lassen.[2]) Wenn sich also aus dem Gegensatz der §§ 1133 und 1134 nicht erkennen läßt, ob es als Voraussetzung des Anspruchs aus § 1134 genügt, daß eine Verschlechterung des Grundstücks bis jetzt nur droht, so halte ich dies dennoch für ausreichend, sofern durch die erfolgte Einwirkung die Sicherheit der Hypothek gefährdet sein würde.[3]) Für diese Ansicht scheinen mir dieselben Gründe zu sprechen, die uns im Falle des § 1004 bestimmten, anzunehmen, daß die ernstlich drohende Verletzung der bereits erfolgten gleichzustellen sei Das Beispiel der Motive[4]) ist daher m. E. richtig:[5]) Der Anspruch aus § 1134 ist dann gegeben, wenn der Eigentümer den auf dem Grundstücke

---

[1]) So Stephan S. 122; Hans S. 8.
[2]) Vgl. Teuffel S. 13.
[3]) Ebenso Dernburg III § 235, II, 2; Biermann § 1134; RG. Komm. § 1134,3; Staudinger § 1134,2.
[4]) Mot. 3 S. 670.
[5]) A. A. Eltzbacher S. 163; Teuffel S. 14, 15.

stehenden Wald einem anderen zum Abholzen überlassen oder das Gutsinventar verkauft hat, eine Entfernung desselben aber noch nicht stattgefunden hat. Denn hier droht ernstlich die — wie stillschweigend vorausgesetzt die Hypothek gefährdende — Verschlechterung des Grundstücks.

Das Ziel des Anspruchs aus § 1134 ist verschieden, je nachdem, ob die Verschlechterung von einem Dritten oder von dem Eigentümer des belasteten Grundstückes ausgeht. Während der Anspruch gegen Dritte, die auf das Grundstück einwirken, nur auf Unterlassung der Einwirkungen geht, ist der Kläger für den Fall, daß die Einwirkungen vom Eigentümer ausgehen, nicht hierauf beschränkt, sondern kann die Anordnung aller Maßregeln verlangen, die nach Lage des Falles geeignet sind, den ihm drohenden Schaden abzuwenden. Solche Maßregeln können z. B. darin bestehen, daß dem Eigentümer die Vornahme bestimmter Handlungen aufgegeben wird, oder darin, daß das Grundstück in Zwangsverwaltung genommen wird.[1])

§§ 935, 940 ZPO.

Bevor wir zur Besprechung der allgemeinen Unterlassungsklage kommen, müssen wir noch ein Schutzmittel zur Abwendung drohender Schäden betrachten, das in der ZPO. geregelt ist. Es sind dies die Bestimmungen über einstweilige Verfügungen. § 935 bestimmt:

> Einstweilige Verfügungen in Beziehung auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

§ 940 bestimmt:

> Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern die Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen, zur Abwendung wesentlicher Nachteile, oder zur Verhinderung drohender Gewalt, oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

Sieber[2]) behauptet, eine Unterlassungsklage sei überflüssig, da auch ohne sie z. B. der nach §§ 12, 862, 1004 zur Unterlassungsklage Berechtigte keineswegs schutzlos sei. Das Ziel der Unter-

---

[1]) So auch Mot. 3 S. 670.
[2]) S. 111.

lassungsklage lasse sich auch durch die Erwirkung einstweiliger Verfügungen erreichen. Denn die einstweilige Verfügung diene nicht nur zur Sicherung von Ansprüchen, sondern auch von solchen Rechten, die keine Ansprüche seien (§ 835). aber einer Sicherung gegen Übertretung der sie schützenden Verbotsgesetze bedürfen. Die Unterlassungsklagen gingen daher auf dasselbe Ziel wie die einstweiligen Verfügungen. Sie gingen nicht auf Befriedigung eines Unterlassungsanspruches, der ein Anspruch auf Nichtbegehung von Delikten sein würde, sondern sie dienten zur Sicherung des Anspruchs auf Leistung aus der Sache oder des zu Gunsten des absolut Berechtigten erlassenen Verbotsgesetzes.

Dieser Auffassung Siebers ist nicht beizutreten. Denn Sieber übersieht, daß die Stellung des durch absolute Verbote geschützten[1]) gerade erst dadurch, daß er die zu seinem Schutz erlassenen Rechtsbehelfe selbst geltend machen kann, oder m. a. W. dadurch, daß er — unter bestimmten Voraussetzungen — einen Anspruch auf Unterlassung hat, zu einem „Recht" wird, und nur wenn und soweit ein Recht auf eine Leistung besteht, kann eine einstweilige Verfügung in Frage kommen. Denn für eine einstweilige Verfügung aus § 935 ist es Voraussetzung, daß ein Anspruch in Bezug auf den Streitgegenstand besteht, dessen Verwirklichung vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

Auch eine einstweilige Verfügung aus § 940 wäre nicht möglich zur Sicherung des nur durch absolute Verbote Geschützten, da hier Voraussetzung ist, daß ein Rechtsverhältnis streitig ist; bei der vorbeugenden Klage auf Unterlassung ist aber regelmäßig gar kein streitiges Rechtsverhältnis vorhanden. Außerdem würde die Unterlassungsklage neben den einstweiligen Verfügungen auch sonst immer noch notwendig sein, da die einstweiligen Verfügungen eben nur eine einstweilige Regelung geben, da auf Antrag demjenigen, der sie verwirkt hat, eine Frist gesetzt wird zur Erhebung der Klage und, wenn dies nicht geschieht, die Verfügung auf Antrag aufgehoben wird (§ 926). Da aber ohne den Unterlassungsanspruch gar keine Möglichkeit gegeben wäre, eine Klage zu erheben, würde in derartigen Fällen die Aufhebung stets erreicht werden können.[2])

---

[1]) So Lehmann S. 117; Stephan S. 61.
[2]) Vgl. Eltzbacher S. 263.

C. Die sog. allgemeine Unterlassungsklage.

I. Die allgemeine Unterlassungsklage wird begründet durch analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 12, 862, 1004.

In der Literatur sind mannigfache Versuche gemacht, eine allgemeine vorbeugende Klage auf Grund unseres geltenden Rechts zu konstruieren. Das Resultat dieser Bemühungen ist eine allgemeine Klage auf Unterlassung schädigender Handlungen. Die einzelnen Verkünder dieser Lehre begründen die Klage aber in sehr verschiedener Weise.

Eltzbacher[1]) sieht in den einzelnen, im Gesetz gegebenen Bestimmungen über Unterlassungsklagen den allgemeinen Grundsatz ausgesprochen, daß, wo ein Privatrecht verletzt worden ist und infolgedessen ein künftiges schädigendes Tun des Verletzers befürchtet werden muß, der Berechtigte auf Unterlassung klagen kann. Die einzelnen Unterlassungsklagen, die unser Recht zum Schutz von Rechten aller Art, sowohl von dinglichen Rechten wie von Rechten an unkörperlichen Gütern, gewährt, stellen sich als Anwendungen dieses Grundsatzes dar. Diesen Grundsatz dürfen wir überall zur Anwendung bringen, obwohl sich die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches dieses Grundsatzes gewiß nicht bewußt geworden sind, sondern nur, wo es ihnen gerade eingefallen ist, daß der Verletzung eines Rechts weitere Verletzungen folgen könnten, dem Verletzten eine Unterlassungsklage gewährt haben. Wären sich die Verfasser dieses Grundsatzes bewußt geworden, so hätten sie wahrscheinlich überhaupt darauf verzichtet, zum Schutze von einzelnen Rechten Unterlassungsklagen zu gewähren und hätten statt dessen eine Vorschrift eingefügt, die allgemein eine Unterlassungsklage gewährte. Aber darauf, ob die Verfasser des Gesetzbuches sich des Grundsatzes bewußt geworden sind, den sie in einer Reihe von Einzelfällen zur Anwendung brachten, kommt es nicht an. Denn wir haben das Gesetz nicht so aufzufassen, wie es den Gesetzgebern

---

[1]) S. 96.

erschienen ist, sondern so, wie es einem vollkommenen Gesetzgeber erscheinen würde, und es ist sicherlich im Sinne des Gesetzbuches, daß dieser Grundsatz allgemein gilt, über die Fälle hinaus, in denen er zur Erscheinung kommt. Es ist nun noch festzustellen, wann ein Privatrecht vorliegt, auf das diese Vorschriften dann angewendet werden müssen, und gerade in dieser Frage liegt der Schwerpunkt der Eltzbacher'schen Theorie.

Nach Eltzbacher liegt nämlich ein „Recht" immer schon dann vor,[1]) wenn eine Rechtsvorschrift jemanden einschränkt und dies tut um eines anderen willen. Häufig haben im Gesetz die Privatrechte unmittelbar Anerkennung gefunden, sodaß sie ohne weiteres als Rechte erkennbar sind, z. B. im § 903, der bestimmt, daß der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Häufig[2]) sind die Privatrechte aber durch einen Rechtssatz nur mittelbar anerkannt und lassen sich erst durch Schlußfolgerung aus ihm gewinnen. Hier kommen zweierlei Rechtssätze in Betracht, 1. die Sätze des Privatrechts, die an ein Unrecht zu jemandes Gunsten eine ausgleichende Rechtsfolge, einen Schadenersatzanspruch, anknüpfen, 2. Sätze des öffentlichen Rechts, die etwas um eines Einzelnen willen vorschreiben. — Würde man sich dieser Auffassung anschließen, so ist allerdings zuzugeben, daß damit die Unterlassungsklage zu einem vorbeugenden Schutzmittel von außerordentlichem Umfange und praktischer Bedeutung wird.[3]) Dennoch ist m. E. die Gleichstellung von Recht und rechtlich geschützten Interessen nicht zu begründen.[4]) Denn einmal widerspricht diese Auffassung der zögernden Haltung, die unsere Gesetzgebung bei Schaffung neuer absoluter Rechte immer gewahrt hat,[5]) und um solche würde es sich bei den aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen ergebenden „Rechten" handeln da diese Rechte darauf, nicht durch unerlaubte Handlungen verletzt zu werden, sich gegen jedermann richten würden. Ferner würde, wenn diese Eltzbachersche Auffassung richtig wäre, der Gegensatz zwischen § 823 Abs. 1 und 2 dadurch

[1]) S. 104.
[2]) Eltzbacher S. 110.
[3]) so Lesser Arch. f. bürgerl. Recht 38, S. 109; Rosenthal im L. Z. 1912 S. 610.
[4]) ebenso Schanze in Verhandlungen des 29. Juristentages S. 224.
[5]) Stephan S. 90.

gänzlich unverständlich: denn in § 823 Abs. 1 werden alle (absoluten) Rechte generell geschützt gegen schuldhafte Eingriffe; wenn nun die durch § 823 Abs. 2 geschützten Rechtsgüter ebenfalls subjektive absolute „Rechte" wären, so würden ja auch diese Rechte schon durch die Bestimmung des Abs. 1 gedeckt sein. Der Abs. 2 wäre also im wesentlichen überflüssig und nur die Bestimmnng hätte Inhalt, daß sich hier das Verschulden nur auf die Verletzung des Schutzgesetzes, nicht auch auf die zugleich eintretende Verletzung des konkreten Rechts zu beziehen brauchte.[1])

Die Theorie Eltzbachers muß ferner, wenn man sie bis zum äußersten durchführt, in anderer Richtung zu sehr merkwürdigen Resultaten führen. Aus dem Schadenersatzanspruch dessen, der fahrlässig geschädigt wird, z. B. an seiner Gesundheit verletzt wird (§ 823), folgert Eltzbacher,[2]) daß jedermann Recht darauf habe, nicht in dieser Weise geschädigt zu werden. Wird dieses Recht — auch ohne Verschulden — verletzt und droht eine Wiederholung, so kann der Verletzter auf Unterlassung klagen. Entsprechend würde sich aus § 826 für jedermann das Recht ergeben, nicht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise durch einen anderen in seinem Vermögen beschädigt zu werden, also ein absolutes Recht, das den Schutz des § 823 Abs. 1 genießt.[3]) Also ein Recht, das in den Fällen fahrlässiger Verletzung einen Schadenersatzanspruch gebiert. Folglich ist ein Schadenersatzanspruch gegeben bei jeder fahrlässigen Vermögensbeschädigung, sofern der Täter gegen die guten Sitten verstößt. Ebenso würde, da durch § 185 StGB. die vorsätzliche Ehrverletzung verboten ist, jedermann ein Recht haben, nicht an seiner Ehre verletzt zu werden, dieses Recht würde aber ebenso durch § 823,1 geschützt sein, mithin verpflichtete auch die fahrlässige Beleidigung zum Schadenersatz.[4])

Diese bedenkliche Seite seiner Theorie hat Eltzbacher richtig erkannt. Er meint daher,[5]) es sei in diesen Fällen zu prüfen, ob das Recht darauf gehe, daß ein bestimmter Tatbestand nicht verwirklicht werde, oder nur darauf, daß er nicht schuldhaft verwirklicht werde. Eltzbacher kommt dabei zu dem Resultat, daß regelmäßig das Verhalten, an dessen schuldhafte Verwirklichung die

---

[1]) Vgl. Oertmann in DJZ. 04 S. 620.
[2]) S. 112.
[3]) Blume in Festschrift für Güterbock S. 385.
[4]) Blume S. 386.
[5]) Eltzbacher S. 119.

Schadenersatz- oder Strafduldungspflicht angeknüpft ist, ganz allgemein, als schuldloses, wie als schuldhaftes Handeln verboten ist. Von dieser Regel aber gibt es Ausnahmen: mitunter wird ein Verhalten nur mit Rücksicht auf ein bestimmtes Wollen als verwerflich dargestellt; alsdann ist das Verschulden nicht nur Bedingung der Schadenersatz- oder Strafduldungspflicht, sondern Bedingung der Rechtswidrigkeit überhaupt. Die primäre Rechtsvorschrift verbietet dann nur ein schuldhaftes Verhalten, und das in ihr enthaltene Recht geht daher auch nur darauf, daß ein schuldhaftes Verhalten unterbleibt. Mit dieser Argumentation vermeidet Eltzbacher allerdings die eben erwähnten Folgerungen, die seine Theorie ad absurdum führen würden.

Wir müssen aber jetzt weiter danach fragen, woran es sich erkennen läßt, ob ein Recht nur darauf geht, daß ein bestimmter Tatbestand nicht schuldhaft verwirklicht wird, oder darauf, daß er überhaupt nicht verwirklicht wird. Eine Antwort, die einigermaßen befriedigend wäre, gibt Eltzbacher hierauf nicht. Im Falle des § 826 soll das Recht nur darauf gehen, nicht vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise geschädigt zu werden, denn hier stelle sich[1]) die Schädigung nur „wegen des unsittlichen auf sie gerichteten Vorsatzes“ als verwerflich dar: sobald dieser fehle, sei sie unter keinem Gesichtspunkte zu mißbilligen. Daß mit dieser Entscheidung keine Klarheit in die Frage gebracht ist, wann das durch die Bestimmungen der §§ 823 ff. geschaffene Recht nur auf Nichtvornahme, und wann auf nichtschuldhafte Vornahme dieser Handlungen geht, liegt auf der Hand. Denn daß zum Verstoß gegen die guten Sitten begrifflich der Vorsatz gehöre, will Eltzbacher gewiß nicht behaupten, und wäre auch unhaltbar.[2])

Die ganze Theorie von Eltzbacher, daß, wenn das Gesetz jemanden um eines anderen willen die Pflicht zu einem bestimmten Verhalten auferlegt, der andere ein Recht auf dieses Verhalten habe, baut sich auf einer falschen Voraussetzung auf. Denn es ist falsch, daß jeder „Pflicht“ ein „Recht“ gegenüberstehen muß, da jede Pflicht als Korrelat nur einen Rechtssatz, aber kein Recht voraussetzt.[3]) Dies geht gerade aus der Gegenüberstellung von Recht und rechtlich geschütztem Interesse in § 823, 1 und 2 her-

[1]) Eltzbacher S. 121.
[2]) Blume S. 387.
[3]) Oertmann, in DJZ. 04 S. 621.

vor, denn der einzig haltbare Unterschied zwischen beiden kann nur darin gefunden werden, daß der Begünstigte im ersteren Falle die primären Rechtsbefehle selbst geltend machen kann, im zweiten Falle nicht.[1] Zur Erklärung der Gegenüberstellung in § 823, 1 und 2 kann man sich auch nicht darauf berufen, daß das Gesetzbuch die durch Schutzgesetz geschützten Interessen erst dadurch zu Rechten mache, daß es an ihre Verletzung die Rechtsfolge der Schadenersatzpflicht knüpfe. Denn die Auferlegung der Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten ist ja bereits in dem Schutzgesetz erfolgt. Wenn also erst die Bestimmung des § 823, 2 diese geschützten Interessen zu Rechten macht, so wird gerade hierdurch anerkannt, daß die Auferlegung einer Pflicht allein noch kein subjektives Recht zu schaffen vermag.[2] Außerdem ist auch gar nicht einzusehen, weshalb gerade das Inaussichtstellen einer Schadenersatzverpflichtung die Wirkung haben sollte, „Rechte" zu schaffen, und nicht die in den Schutzgesetzen erfolgte Androhung einer Strafe oder eines anderen Nachteiles.[3] Die Auffassung Eltzbachers kann daher unmöglich richtig sein. Außerdem wird es auch allgemein anerkannt, daß die schützenden Rechtssätze des Strafrechts und des Verwaltungsrechts, z. B. Vorschriften über Ruhe und öffentliche Ordnung, niemandem einen Anspruch gewähren auf Vornahme oder Nichtvornahme bestimmter Handlungen, und wenn diese Bestimmungen einzelnen Personen in besonderem Maße zugute kommen, so ist dies bloß eine Reflexwirkung dieser Vorschriften, ohne daß die Begünstigten deshalb subjektive Rechte dadurch erlangen.

In anderer Weise wie Eltzbacher begründet Enneccerus die allgemeine Unterlassungsklage, wenn er auch im Resultat mit Eltzbacher übereinstimmt. Enneccerus[4]) nimmt nicht an, daß durch die Vorschriften über unerlaubte Handlungen neue absolute Rechte geschaffen werden, dennoch hält er eine analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 12, 862, 1004 für möglich: das in diesen Vorschriften hervortretende höhere Prinzip beschränke sich nicht auf die Verletzung subjektiver Rechte oder gar der Ausschließungsrechte, sondern gehe dahin, daß der drohenden Wiederholung rechtswidriger, anderer schädigender Handlungen ein Riegel vorgeschoben werden

---

1) Vgl. Lehmann S. 125.
2) Lehmann eodem.
3) Oertmann in DJZ. 04 S. 620.
4) Lehrb. § 465, I, 2.

solle. Auch diese Begründung ist nicht als stichhaltig anzuerkennen; denn wo das geltende Recht negatorische Unterlassungsklagen gewährt, da stehen sie stets dem Inhaber eines „Rechts" zu, niemals aber werden sie dem Träger eines durch Schutzgesetze geschaffenen Rechtsguts gegeben.[1]) Bei der grundsätzlichen Verschiedenheit und dem Fehlen jeglicher Beziehungen zwischen subjektivem Recht und Rechtsgut ist daher eine derartige Ausdehnung der Vorschriften der §§ 12, 862, 1004 unmöglich.[2])

Das Reichsgericht verwendet zur Begründung der allgemeinen Unterlassungsklage teils den in § 12, § 862, § 1004 gegebenen Grundsatz analog an, ohne dabei einen Anhalt dafür zu geben, daß es die durch die Vorschriften über unerlaubte Handlungen geschützten Rechtsgüter als Rechte auffassen will, es teilt also wohl mehr den Standpunkt von Enneccerus. Zum Teil leitet es die Unterlassungsklage[3]) aus der Erwägung her, daß das Gesetz, wenn es ein Recht gewährt oder eine Verpflichtung auferlegt, auch die Möglichkeit gewähren muß, den Anspruch hierauf, also zutreffendenfalls den Anspruch auf Unterlassung im Wege der Klage zu verfolgen. Diese Begründung mutet fast naturrechtlich an und findet im Gesetz keinerlei Stütze.[4]) Es ist außerdem durchaus denkbar, daß sich das Gesetz mit der drohenden Schadenersatzpflicht als Zwangsmittel zur Verhütung der verbotenen Handlung begnügt.[5])

Es ergibt sich also, daß sich eine allgemeine Unterlassungsklage durch analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 12, 862, 1004 auf die Rechtsgüter, die durch die Bestimmungen der §§ 823ff. geschützt werden, nicht begründen läßt. Wohl aber ist die analoge Anwendung der erwähnten Vorschriften zulässig auf alle vom Gesetz anerkannten absoluten Rechte. Denn eine allgemeine Regel des Inhalts, daß aus jeder Störung eines absoluten Rechts bei Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen ein Anspruch auf Unterlassung entsteht, können wir wohl aus den zahlreichen Bestimmungen des BGB. entnehmen. Diese Ansicht wird daher auch in der Literatur[6]) und Praxis[7]) allgemein vertreten. Absolute Rechte, auf die also

[1]) Vgl. Lobe S. 242.
[2]) Ebenso Lesser, Arch. f. bürgerl. R. 38, 110.
[3]) RG. 48, 114ff.
[4]) So Lesser a. a. O. S. 110.
[5]) So Lau in Gruchots B. 47 S. 507
[6]) Vgl. z. B. Oertmann, DJZ. 04 S. 621; Enneccerus, Lehrb. § 465, I; Planck § 823; IV, 2.
[7]) Vgl. RG. 49, 36; RG. in JW. 05 S. 215.

diese Bestimmungen anwendbar sind, finden sich besonders zahlreich im Sachenrecht und in der gewerblichen Gesetzgebung. Ausdrücklich werden solche Rechte geschaffen in § 1 Geschmacksmustergesetz von 76, § 4 Patentges. v. 91, § 4 Gebrauchsmusterges. v. 91, in § 7 Warenzeichenges. v. 94, in § 11 Literaturheberges. von 01, in § 9 Verlagsges. v. 01, in § 15 Kunstschutzges. v. 07. Weniger deutlich ist die Schaffung eines absoluten Rechts in § 37 HGB. zum Ausdruck gekommen („wer in seinen Rechten dadurch verletzt wird, daß ein anderer eine Firma unbefugt gebraucht"). Dennoch ist es wohl unbedenklich, hierin die Anerkennung eines absoluten Rechts an der Firma zu finden.[1]) Ferner wird von der herrschenden Lehre die Ausübung eines selbständig betriebenen Gewerbes als absolutes Recht angesehen.[2]) M. E. mit Recht, da die Bestimmungen des unlauteren Wettbewerbsgesetzes, besonders die §§ 1, 3, 6, 7 diesen Schluß gestatten.

II. Die Bedeutung des § 259 ZPO.

Wir haben eben gesehen, daß sich die Vorschriften der §§ 12, 862, 1004 analog auf alle absoluten Rechte anwenden lassen. Hellwig[3]) behauptet nun, daß diese Vorschriften, wenn auch nicht aufgehoben, so doch wesentlich erweitert[4]) werden durch § 259 ZPO. § 259 bestimmt, daß Klage auf künftige Leistung erhoben werden kann, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Hellwig argumentiert nun folgendermaßen: das absolute Recht enthält zwei Seiten,[5]) eine positive und eine negative. Die positive Seite besteht in dem Recht über die (körperliche oder unkörperliche) Sache, in der durch die Art des Rechts bestimmten Weise zu herrschen, die negative Seite besteht in dem Recht, andere von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen. Dieses Verbietungsrecht aber ist nichts anderes als die Summe der Ansprüche, die gegen Dritte begründet sind und auf Unterlassung von Einwirkungen auf die Sache gehen. Diese Ansprüche werden durch Unterlassung fortdauernd erfüllt, sodaß eine Klage nur als Klage auf Unterlassung

---

1) Ebenso Lobe, I, S. 291.

2) So Oertmann § 823, 3b; Lobe S. 145ff.; ferner RG. 51, 374; RG. in JW 04 S. 292; 05 S. 431.

3) Anspruch und Klagrecht § 50, II, 2d (S. 393).

4) Vgl S. 394 Anm. 34.

5) A. a. O. S. 25.

künftiger Vornahme einer Handlung denkbar ist. Während nun im BGB. diesen Ansprüchen die Klagbarkeit nur verliehen ist, wenn eine tatsächliche Beeinträchtigung stattgefunden hat und eine Wiederholung der Störung zu besorgen ist, sind nach § 259 diese Ansprüche schon dann klagbar, wenn die Besorgnis besteht, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Diese Besorgnis ist bei Ansprüchen auf Unterlassung dann begründet, wenn zu befürchten ist, daß der Verpflichtete die Handlung vornehmen werde. Da nun § 259 ZPO. die jüngere Rechtsnorm ist, ist sie auch den Vorschriften des BGB. gegenüber maßgebend.

Diese Ansicht Hellwigs ist aus verschiedenen Gesichtspunkten heraus bekämpft worden. Stein[1]) will § 259 ZPO. überhaupt nicht auf Unterlassungsansprüche anwenden. Er meint: Ebenso fraglos, wie es im BGB. Vorschriften gibt, die sich unbestritten nur auf positive Leistungen beziehen und nur auf sie anwendbar sind, ist dies auch in der ZPO. der Fall. Zu diesen Vorschriften gehört § 259. Dies geht schon daraus hervor, daß dieselbe Kommission, die den § 259 geschaffen hat — § 259 stammt aus der Novelle von 1898 — im BGB. in nicht weniger als sechs Paragraphen (§ 12, 550, 862, 1004, 1053, 1134), die Klagbarkeit des Anspruchs auf Unterlassung sorglich geregelt und abgegrenzt hat. Dieser Grund ist aber m. E. nicht zwingend, denn zweifellos sind noch andere Unterlassungsansprüche möglich, z. B. vertragsmäßig vereinbarte, und wenn § 259 nicht auf Unterlassungsansprüche angewandt werden darf, so würden diese Ansprüche eben nie klagbar sein. Gerade für vertragliche Unterlassungspflichten ist § 259 von großer Bedeutung:[2]) Wenn sich z. B.[3]) ein Klavierspieler, der neben mir wohnt, mir gegenüber dazu verpflichtet hat, in seiner Wohnung keine Klavierstunden mehr zu geben und nun trotzdem täglich ein Inserat erscheinen läßt, in dem er sich zur Erteilung von Klavierstunden in und außer dem Hause erbietet, so würde ich ohne § 259 nicht imstande sein, diesen Anspruch klagbar geltend zu machen.

Stein meint weiter, schon der Wortlaut des § 259 gestatte nicht die Ausdehnung auf Unterlassungsansprüche, denn es „be-

[1]) Rechtsschutzvoraussetzungen S. 119. Ebenso Struckmann-Koch § 259, 1.
[2]) Vgl. Mannhardt in DJZ. 03 S. 417.
[3]) Vgl. Stephan S. 77.

dürfe[1]) für jeden praktisch denkenden Menschen erst eines kräftigen Aufschwunges in die reinen Höhen des Begriffs, um das Nichtstun als Leistung zu erfassen.“ Aber auch dieser Grund ist nicht stichhaltig, denn gerade weil § 259 von derselben Kommission geschaffen ist, die in § 241 BGB. das Unterlassen ausdrücklich dem Leistungsbegriff subsumiert hat, ist trotz des entgegenstehenden Sprachgebrauchs die Auffassung die näherliegende, daß auch in § 259 unter Leistung sowohl ein Tun wie ein Unterlassen zu verstehen ist. Endlich ist auch die Ansicht Steins irrig, daß, wenn Unterlassung Leistung im Sinne von § 259 sei, bei Ansprüchen auf Unterlassung überhaupt nicht § 259, sondern § 258 Anwendung finden müßte. Denn, so sagt Stein, die Unterlassungsklage müßte dann als wiederkehrende Leistung aufgefaßt werden, da sie eine in jedem kleinsten Zeitabschnitt immer neu zu entrichtende Leistung sei. Aber mit demselben Recht, mit dem Stein diese Behauptung aufstellt, müßte man einen jeden Anspruch auf eine Dienstleistung einen Anspruch auf eine wiederkehrende Leistung nennen, da auch in diesem Falle in jedem kleinsten Zeitabschnitt eine gewisse Leistung erst fällig wird. Die Auffassung ist aber — bis jetzt wenigstens — in der juristischen Literatur noch nicht vertreten worden. Die Einwendungen, die dagegen vorgebracht sind, § 259 auf Unterlassungsansprüche zu beziehen, sind damit widerlegt worden.

Aber damit ist noch nicht die Frage entschieden, ob durch § 259 nun auch die Vorschriften der §§ 12, 862, 1004 abgeändert sind. Hellwig[2]) begründet dies mit der Behauptung, § 259 gehe als lex posterior den Vorschriften des BGB. vor. Hier könnte es zunächst zweifelhaft sein,[3]) ob diese Behauptung zutrifft. § 259 stammt nämlich aus der Novelle von 1898 und ist gleichzeitig mit dem BGB. in Kraft getreten.[4]) Wenn man also den Zeitpunkt des Inkrafttretens als maßgeblich für die Priorität eines Gesetzes ansehen würde, so wäre eine Änderung des BGB. durch die Novelle zur ZPO. nicht möglich. Aber auch wenn man, wie m. E. richtig ist, den Vollzugstermin als maßgeblich ansieht und daher, da das BGB. 1896, die Novelle zur ZPO. aber erst 1898 vollzogen ist, eine Abänderung des BGB.

---

[1]) A. a. O. S. 120.
[2]) Anspruch und Klagrecht 394.
[3]) Ebenso Stephan S. 69.
[4]) Vgl. EG. BGB. Art. 1 und EG. z. Ges. betr. die Änderungen der ZPO. v. 1898 Art. 1.

für möglich erachtet, ist dies doch wohl kaum anzunehmen. Gegen diese Auffassung spricht schon die Erwägung, daß es doch recht unwahrscheinlich ist, daß ein Gesetz, zumal wenn es mit solcher Sorgfalt gearbeitet ist wie das BGB., schon vor seinem Inkrafttreten von derselben Kommission wieder abgeändert sein soll.[1]) Auch lassen die Verhandlungen bei der Abfassung des § 259 mit keinem Wort einen Schluß darauf zu, daß eine Abänderung des BGB. durch diesen § beabsichtigt wurde.

Außerdem kann noch aus einem anderen Grunde wenigstens die h. M. § 259 auf die im BGB. zum Schutze der absoluten Rechte gegebenen Unterlassungsansprüche nicht anwenden. § 259 setzt nämlich voraus, daß die Besorgnis besteht, der Schuldner werde sich der Leistung entziehen. Schuldner aber ist jemand dann, wenn sich gegen ihn ein Anspruch richtet, mithin ist § 259 zur Erweiterung der Vorschriften des BGB. § 12, § 862, § 1004 nur dann zu verwerten, wenn man im absoluten Recht schon „Ansprüche" auf Unterlassung eines Eingriffs enthalten sieht. Diese Theorie, die zuerst im gemeinen Recht von Windscheid aufgestellt ist,[2]) hatte früher viele Anhänger,[3]) ist aber jetzt nicht mehr die herrschende.[4]) Hellwig[5]) meint, die Richtigkeit der Ansicht, daß im absoluten Recht Ansprüche gegen jedermann enthalten sind, ergebe sich, wenn man eine Grunddienstbarkeit betrachte, deren Inhalt lediglich dahin geht, daß auf dem belasteten Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen. Da hier jeder positive Gehalt des dinglichen Rechts fehle, müsse man von der gegenteiligen Ansicht aus zu dem Schlusse kommen, daß hier ein Recht ohne Inhalt vorliege. Diese Beweisführung ist nicht zwingend. Denn es ist anzunehmen, daß der Inhalt des bezeichneten Rechts bis zur Zuwiderhandlung gegen die bei der Begründung der Grunddienstbarkeit übernommenen Unterlassungspflicht recht wohl lediglich in der begünstigten Stellung bestehen kann, die durch das Störungsverbot zugunsten des Berechtigten geschaffen ist.[6])

Aber auch noch aus anderen Gründen ist nicht anzunehmen,

---

[1]) Ebenso Stein S. 120.

[2]) Vgl. Pand. § 43.

[3]) Vgl v. Schey in Grünhuts Z. Bd. 7, S. 768; Cosack I § 74, IV, 2; Lehmann S. 107.

[4]) Vgl Enneccerus § 204, II; Leonhard in Buschs Z. 15 S. 340; Planck Vorbem. zu § 985, 1a; Fischer S. 79.

[5]) Anspruch und Klagrecht S. 26.

[6]) Vgl. Lehmann S. 101.

daß die im absoluten Recht enthaltenen Ansprüche auf Unterlassung von Störungen Ansprüche im Sinne des BGB. sind, und nur auf solche ist § 259 ZPO. anwendbar. Dagegen spricht schon der Wortlaut des § 194,[1]) der den Begriff des Anspruchs formuliert als das Recht, von „einem anderen“ ein Tun oder Unterlassen zu fordern. Lehmann[2]) behauptet allerdings, diesen Wortlaut könne man gegen die Subsumtion der Ansprüche gegen jedermann unter dem Anspruchsbegriff des BGB. nur verwerten, wenn man den Ausdruck „Ansprüche gegen jedermann“ mißverstände: er sei nur ein abgekürzter Ausdruck für die im absoluten Recht steckende Summe von Einzelrechtsbeziehungen, Einzelansprüchen gegen die einzelnen Rechtsgenossen. Trotzdem scheint mir § 194 ein wichtiges Argument für unsere Ansicht zu sein. § 194 will nämlich m. E. besagen, daß Anspruch das Recht ist, von einem bestimmten anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Gerade aber dieses Moment der Bestimmtheit des Anspruchsgegners fehlt bei den Ansprüchen gegen jedermann, da man sonst in dem Eigentum an der geringfügigsten Sache ein die ganze Menschheit umschließendes rechtliches Band sehen müßte.[3]) Ferner passen auch die Regeln, die das BGB. für Ansprüche aufstellt, insbesondere die Vorschriften über Verjährung und Abtretbarkeit nicht auf diese Ansprüche gegen jedermann.

Wir müssen daher annehmen, daß aus den absoluten Rechten ein Anspruch auf Unterlassung im Sinne des BGB. erst entsteht mit der Beeinträchtigung des absoluten Rechts.

Hiergegen wird von den Anhängern der Theorie, welche die Existenz eines Anspruchs aus absolutem Recht schon vor der Rechtsverletzung annimmt, angeführt, diese Ansicht verkenne den Unterschied zwischen Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsschutzvoraussetzungen:[4]) Die Rechtsverletzung und die Gefahr der Wiederholung seien nichts anderes als Voraussetzungen des Rechtsschutzes, die dadurch, daß sie in dem BGB. und nicht in der ZPO. geregelt seien, nichts von ihrer rein prozessualen Natur einbüßten. Daß diese Vorschriften des BGB. prozessualen Inhalt haben, ist m. E. unbestreitbar. Damit wird aber die hier vertretene Ansicht durch-

---

[1]) So Stephan S. 91.
[2]) Lehmann S. 108.
[3]) Lehmann S. 109.
[4]) So Lehmann S. 107.

aus nicht widerlegt, denn es ist sehr wohl möglich, anzunehmen,[1]) daß dieselbe Rechtsverletzung, welche den Rechtsschutz bedingt, gleichzeitig auch Voraussetzung der Existenz des Anspruchs ist, sodaß vor der Verletzung des betreffenden absoluten Rechts juristisch ein Nichts, nachher aber sofort ein klagbarer Unterlassungsanspruch vorhanden ist. Mit dieser Feststellung aber ist bewiesen, daß § 259 ZPO. für die Unterlassungsklagen aus absoluten Rechten keine Anwendung finden kann, da, sobald ein Unterlassungsanspruch entsteht, ihm schon durch die Bestimmungen des BGB. Klagbarkeit verliehen wird, es also der Bestimmung des § 259 ZPO. nicht mehr bedarf.

Den Ausführungen Hellwigs[2]) über die Anwendbarkeit des § 259 ZPO. auf die im BGB. geregelten Unterlassungsklagen hat Eltzbacher[3]) eine merkwürdige Deutung gegeben. Er meint nämlich, Hellwig hätte aus § 259 Klagrechte ganz neuen Inhalts herauslesen wollen, vorbeugende Klagrechte, die darauf gerichtet sind, daß der Verpflichtete verurteilt werde, sich der Rechtsverletzung zu enthalten. Er führt daher gegen diese vermeintliche Ansicht Hellwigs eingehend aus,[4]) daß § 259 nur die alten ausgleichenden Klagrechte, die darauf gehen, daß der andere zur Beseitigung der erfolgten Rechtsverletzung, namentlich zur nachträglichen Leistung verurteilt werde, in einem früheren Zeitpunkt gewährt. M. E. ist es aber zweifellos, daß Hellwig in § 259 nur die Regelung der prozessualen Voraussetzungen aller Klagen auf künftige Leistung sieht; seine Ausführungen lassen nirgends den Schluß zu, daß er neue materiellrechtliche Ansprüche auf Unterlassung künftiger Schädigung hieraus gewähren will,[5]) ja in seinem Lehrbuch[6]) bezeichnet er ausdrücklich das Bestehen eines zivilistischen Anspruchs als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 259 ZPO. Der Kampf Eltzbachers gegen diese angeblich Hellwig'sche Theorie ist daher ein Kampf gegen Windmühlen. Für bestehende Ansprüche wirkt § 259 natürlich indirekt auch vorbeugend, denn indem er die Klage aus diesen Ansprüchen ermöglicht, bevor Fälligkeit eingetreten ist, und den säumigen

[1]) So Stephan, S. 94.
[2]) Anspruch und Klagrecht, S. 388—397.
[3]) S. 85ff. Ebenso Stephan, S. 139.
[4]) S. 87.
[5]) Lesser, Arch. f. bürgerl. R 38, S. 110 A. 18; Lehmann, S. 131.
[6]) S. 373 Anm. 38.

Schuldner daher bei Fälligkeit der Leistung sofortige Zwangsvollstreckung droht, wird dies regelmäßig die Wirkung haben, den Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anzuhalten.

III. Eine allgemeine vorbeugende Klage läßt sich aus den Vorschriften über Schadenersatz und dem Prinzip der Naturalrestitution begründen.

Obwohl — wie wir gesehen haben — all die besprochenen Theorien nicht zu dem Ziele führen, eine allgemeine vorbeugende Klage zu begründen, können wir doch eine solche im Rechtsleben der Gegenwart nicht entbehren. Denn wenn auch für manche Fälle durch die Möglichkeit der Erlangung einer einstweiligen Verfügung ein vorbeugendes Schutzmittel geschaffen ist, so trifft dies doch nur eine beschränkte Anzahl aller Fälle, in denen das praktische Bedürfnis einen vorbeugenden Schutz verlangt. Und gerade eins der wichtigsten Gebiete, das Gebiet der unerlaubten Handlung, wird kaum jemals von diesem Schutzmittel Vorteil haben. Eine vorbeugende Klage ist daher für dieses Gebiet unentbehrlich. Eine solche Klage läßt sich nun m. E. aus dem Gesichtspunkte der Naturalrestitution (§ 249) herleiten. Ich behaupte: überall, wo bei erfolgter tatsächlicher Verletzung Schadenersatz verlangt werden kann, da kann, wenn die Verletzung ernstlich droht, vorbeugend geklagt werden darauf, daß die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung unterbleibt. Diese Klage ergibt sich aus dem Prinzip der Naturalrestitution. Wenn es auch im ersten Augenblick widerspruchsvoll erscheint, daß eine vorbeugende Klage entspringen soll aus dem Prinzip, das gilt für die Ausgleichung erlittenen Schadens, so ist diese Konstruktion doch m. E. durchaus zulässig und möglich. Nach § 249 hat der zum Schadenersatz Verpflichtete den Zustand wieder herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. § 253 bestimmt weiter: wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen verlangt werden. Durch eine unerlaubte Handlung wird nun, wenn Wiederholungsgefahr besteht, ein Zustand der Unruhe und Unsicherheit hervorgerufen. Dieser Zustand der Unsicherheit ist zweifellos ebenfalls ein Schaden, allerdings ein sogenannter moralischer Schaden. § 253 bestimmt nun aber

nicht schlechthin, daß für einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, kein Schadensersatz zu leisten sei, sondern sagt nur, daß für solche Schäden Ersatz in Geld ausgeschlossen ist.[1]) Dadurch ist also nicht ausgeschlossen, daß der Geschädigte, wenn Schadenersatz in anderer Weise möglich ist, ihn in dieser Form verlangen kann. Diese andere Form des Schadenersatzes besteht darin, daß dem Geschädigten ein Anspruch auf Unterlassung der schädigenden Handlung gegen den Störer eingeräumt wird.[2]) Auf die Möglichkeit, daß ein solcher Anspruch auf Unterlassung aus dem Prinzip der Naturalrestitution resultieren könne, hat zuerst Kohler hingewiesen.[3])

Hiergegen wird geltend gemacht, daß, wenn Schadenersatz zu leisten ist, nach § 249 der frühere Zustand wieder hergestellt werden müsse. Dies aber könne nicht durch Unterlassung künftiger Störung geschehen,[4]) da dies nicht Ausgleichung einer alten, sondern Verhütung einer neuen Verletzung wäre. Diese Begründung schlägt m. E. aber nicht durch, denn dadurch, daß der Verletzte jetzt einen Anspruch auf Unterlassung der Beeinträchtigung gegen den Störer und damit, die im Gesetz zur Durchführung von Unterlassungsansprüchen gegebenen Zwangsmittel erlangt, wird seine Position schon jetzt verbessert und die Unruhe, die durch die Gefahr einer neuen Störung bei ihm hervorgerufen wurde, beseitigt. Die Zwangsmittel, die das Gesetz gewährt, werden verhängt durch ein Urteil, in dem dem Störer bei Vermeidung einer Geldstrafe (bis 1500 Mk.) oder einer Haftstrafe (bis zu 6 Monaten) aufgegeben wird, sich der schädigenden Handlung zu enthalten (§ 890 ZPO). Wegen dieser Zwangsmittel ist der Anspruch auf Unterlassung solcher Eingriffe ein geeignetes Mittel zur Beseitigung der Unruhe[5].)

Die Voraussetzungen der allgemeinen vorbeugenden Klage sind von unserem Standpunkte aus dieselben wie die für die Schadenersatzverpflichtung, da die Unterlassungsklage nur eine Form des Schadenersatzes ist: es muß also der volle Tatbestand des be-

[1]) Ebenso Staudinger Vorbem. zu § 823, VII, 4 und § 249, 3; RG. Komm. Vorbem. zu § 823 6b; Lesser a. a. O. S. 110; Dernburg, II, § 384, IX; Fischer, S. 315.

[2]) Ebenso Lobe, S. 153, Nr. 1; Dernburg II § 390, III; Oertmann in DJZ. 04, S. 622; Lehmann, S. 223; Stephan, S. 77 und 159; Lesser a. a. O. S. 110.

[3]) Vgl. Kohler in Holtzendorffs Enzykl. I S. 651.

[4]) So Blume in Festschr. für Güterbock S. 393; Eltzbacher, S. 216.

[5]) Vgl. auch Lesser in Leonhard, Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts Bd. 21 S. 14.

treffenden Delikts in subjektiver und objektiver Beziehung erfüllt sein [1]) Damit ist ein großer praktischer Unterschied aufgedeckt gegenüber den Theorien der allgemeinen Unterlassungsklage, die in analoger Anwendung der §§ 12, 862, 1004 den objektiv wider rechtlichen Eingriff als ausreichend ansehen, um bei Vorliegen von Wiederholungsgefahr den Unterlassungsanspruch auszulösen. Anderer seits wird damit auch die Schwierigkeit vermieden, die sich bei der Theorie Eltzbachers ergibt, indem er prüfen muß, wann die Handlung überhaupt, und wann nur als schuldhafte verboten ist, da wir stets alle im Gesetz geforderten Voraussetzungen des Anspruchs auf Schadenersatz zu prüfen haben.

Welche Theorie bringt nun für die Praxis die brauchbareren Ergebnisse? Eltzbacher[2]) hält es für einen besonderen Vorzug seiner Unterlassungsklage, daß sie (in der Mehrzahl der Fälle) bei auch nur objektiv rechtswidrigem Verhalten gegeben ist, also ohne Verschulden, ja sogar bei einer im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit erfolgten Rechtsverletzung: gerade hier sei es für den Verletzten von der größten Wichtigkeit, die Unterlassungsklage zu haben. Denn weil er auch wegen weiterer solcher Verletzungen keinen Schadensersatz verlangen könne, müsse ihm doppelt daran liegen, ihnen vorzubeugen. Diese Begründung ist m. E. unzutreffend. Denn die Unterlassungsklage verschafft in diesen Fällen dem Kläger gar keine größere Sicherheit, da die in dem Urteile nach § 890 ZPO. angedrohte Geldstrafe nach der h. M.,[3]) der sich auch Eltzbacher[4]) anschließt, doch nur in dem Falle verhängt werden kann, daß die Zuwiderhandlung gegen das Urteilsgebot schuldhaft erfolgt, also gegen eine zweite schuldlose Störung durchaus keinen Schutz gewährt. Außerdem scheint es mir unbillig, ja geradezu den Grundsätzen des BGB. widersprechend, in den Fällen, in denen das Gesetz eine Schadenersatzpflicht nicht statuiert, weil es diese als eine unbillige Beschwerung des schuldlosen Störers ansieht, diesen dadurch zu strafen, daß eine Unterlassungsklage gegen ihn gewährt wird, und ihm damit die Kosten des Verfahrens aufgebürdet werden.

[1]) Ebenso Oertmann in DJZ. 04 S. 617.
[2]) S. 176.
[3]) Vgl. Gaupp-Stein § 890, II, 3; Struckmann-Koch § 890, 1; Seuffert § 890, 3; Petersen § 890, 5. Ferner RG. 36, 417 und RG. in JW. 98 S. 172; und jetzt auch Sydow-Busch § 890, 2.
[4]) S. 202 und S. 208ff.

Vom Standpunkte unserer Theorie aus würde sich auch die Entscheidung des Reichsgerichts 78 S. 212 von selbst ergeben. In dem hier entschiedenen Falle hatte der Bürgermeister über einen Förster der Stadtverwaltung gegenüber unbewiesene Behauptungen aufgestellt. Das von dem Förster eingeleitete Privatklageverfahren war durch Vergleich erledigt, und jetzt wurde der Bürgermeister vom Landrat disziplinarisch über den Fall vernommen und wiederholte hier die beleidigenden Behauptungen. Der Förster erhob nun Klage gegen den Bürgermeister auf Unterlassung. Da das Reichsgericht nun auf dem Standpunkt steht, daß ein objektiv-widerrechtlicher Eingriff genügt, um bei Vorliegen von Wiederholungsgefahr die Unterlassungsklage auszulösen, läßt es auch im Falle des § 824, 2 (fahrlässige Kreditgefährdung in Wahrung berechtigter Interessen) die Unterlassungsklage zu. Das Reichsgericht weist aber in dem hier entschiedenen Falle die Klage wegen mangelnder Wiederholungsgefahr ab, da der Bürgermeister nur bei weiteren disziplinarischen Vernehmungen die Beleidigungen wiederholen werde und hier „eine höher als bloß privates Interesse stehende Pflicht" die Äußerung über die betreffende Tatsache gebiete. M. E. ist die höher als bloß privates Interesse stehende Pflicht gerade ein wichtiger Fall dessen, was das Gesetz unter dem Ausdruck „berechtigtes Interesse des Mitteilenden oder des Empfängers an der Mitteilung" versteht, und wenn das Reichsgericht in diesem Falle die Unterlassungsklage — offenbar weil die Entscheidung jedem vernünftigen Gefühl widersprechen würde —, nicht gewährt, so zeigt es damit, daß seine Theorie praktisch nicht durchführbar ist Vom Standpunkte unserer Theorie dagegen würde in derartigen Fällen, da durch ein berechtigtes Interesse die Schadenersatzpflicht aufgehoben wird, von vornherein eine Unterlassungsklage nicht in Frage kommen, wir brauchten daher unsere Zuflucht nicht zu so bedenklichen Gründen zu nehmen, wie das Reichsgericht es zu tun gezwungen ist. Daß von unserer Theorie aus ein Schutz des Geschädigten in den Fällen des § 824, 2 niemals gegeben ist, ist m. E. praktisch unbedenkich, da das berechtigte Interesse dem Mitteilenden einen Schutz nur dann gewährt, wenn ihm die Unwahrheit der Mitteilung wirkich unbekannt war. Ein solches Unbekanntsein wird man aber regelmäßig schon dann nicht mehr annehmen können,[1]) wenn der

---

[1]) So Lesser a. a. O. S. 116.

Geschädigte selbst dem Mitteilenden gegenüber die Mitteilung als unwahr bezeichnet hat, sodaß also auch in derartigen Fällen der Verletzte eine dauernde Schädigung verhindern kann.

Wir sind bis jetzt von dem Gesichtspunkt ausgegangen, daß eine tatsächliche Verletzung bereits stattgefunden hat. Ist dies nun unbedingte Voraussetzung einer jeden Unterlassungsklage? Oertmann[1]) nimmt dies an, da sonst die Unterlassungsklage nicht Ersatz eines durch die unerlaubte Handlung zugefügten Schadens sei, sondern ein präventiver Schutz gegen drohende Schädigungen. Wenn dies richtig wäre, so würde durch dies Erfordernis das Gebiet der allgemeinen Unterlassungsklage ganz außerordentlich eingeschränkt sein; denn dann könnte die Klage nur gegeben werden, wo die Wiederholungsgefahr und damit das Gefühl der Unruhe und Unsicherheit des Geschädigten lediglich aus der erfolgten unerlaubten Handlung entspringt, da sonst die Unterlassungsklage nicht Naturalrestitution für die erfolgte unerlaubte Handlung wäre, sondern Naturalrestitution für die Drohungen,[2]) die in dem außerhalb der eigentlichen Tat liegenden Gebahren und den Worten des Verletzers enthalten sind. Die Oertmann'sche Auffassung erhält daher durch das Erfordernis der einmaligen Rechtsverletzung eine größere Beschränkung als Oertmann selbst erkannt hat. Denn auch wenn eine Verletzung bereits erfolgt ist, so könnte sie entsprechend seiner Begründung nur dann die Unterlassungsklage auslösen, wenn die Unruhe und Unsicherheit gerade durch diese Verletzung verursacht ist, während die durch das Verhalten des Störers bewirkte Unsicherheit als durch bloßes Drohen einer unerlaubten Handlung verursacht nicht berücksichtigt werden dürfte. In der großen Mehrzahl der Fälle ist aber die eigentliche Ursache der Unruhe nicht die in der Vergangenheit liegende einmalige Verwirklichung der unerlaubten Handlung, sondern gerade das drohende Verhalten des Störers. Die Unterlassungsklage wäre daher von dieser Auffassung aus nur da begründet, wo die unerlaubte Handlung noch nicht abgeschlossen ist,[3]) oder die Gefahr der Wiederholung gerade aus der Tatsache der Begehung der unerlaubten Handlung folgt, mag auch der Verletzer eine solche Wiederholung nicht angedroht haben.

[1]) Oertmann in DJZ. 04 S. 622; ferner Rosenthal in LZ. 1912 S. 610; RG. Komm. Vorbem. 823, 6a.

[2]) Lesser a. a. O. S. 114.

[3]) So auch Stein, Rechtsschutzvoraussetzungen S. 118.

Dies wäre z. B.[1]) der Fall, wenn Anhänger einer politischen Partei, der ein Gastwirt die Hergabe seines Saales zu Zwecken einer Wahlversammlung verweigert hat, den Boykott in der Weise durchführen, daß sie jeden, der das Lokal besuchen will, auf der Straße ansprechen und zurückzuhalten suchen (Verstoß gegen § 826 BGB.), da allein durch diese Handlung, auch ohne ausdrückliche Androhung, wohl die Besorgnis begründet ist, daß sie dies Verhalten solange fortsetzen werden, bis entweder der Gastwirt den Saal hergibt oder die Wahl vorüber ist.

M. E. ist es aber für die Praxis ein unabweisbares Bedürfnis auch in den Fällen, wo eine unerlaubte Handlung ernstlich droht, auch wenn die Drohung nur in Worten besteht, die Unterlassungsklage zu gewähren; denn wollte man dies nicht tun, so würde ein vorbeugender Rechtsschutz hier nicht bestehen, da (wie wir früher gesehen haben) auch einstweilige Verfügungen in diesen Fällen nicht möglich sind. Ferner ist auch, sofern die unerlaubte Handlung nicht etwa unter Anmaßung eines Rechts hierzu begangen wird, eine Feststellungsklage (§ 256 ZPO.) nicht möglich, da es sich dann nicht um Feststellung eines Rechtsverhältnisses handelt.[2]) M. E. läßt sich nun auch für diese Fälle eine Unterlassungsklage aus dem Prinzip des Schadenersatzes und der Naturalrestitution begründen. Es ist logisch nämlich möglich[3]) in der ernstlichen Androhung einer unerlaubten Handlung diese selbst zu sehen und daher als Form des Schadenersatzes dem Bedrohten die Unterlassungsklage zu gewähren; so würde man z. B. in dem Falle wohl kein Bedenken haben, in der Androhung einer unerlaubten Handlung schon die Verletzung der geschützten Interessen zu sehen, daß jemand durch Drohung mit unerlaubten Handlungen, zu deren Begehung er bereits alle erforderlichen Vorbereitungen getroffen hat, so daß die Verwirklichung der Drohung mit Sicherheit erwartet werden muß, jemanden davon abhält, in der Nähe seines Hauses bestimmte Handlungen vorzunehmen. Ferner spricht auch für die Möglichkeit, in der ernstlichen Drohung die Verletzung selbst zu sehen, der Umstand, daß die herrschende Meinung bei der Verletzung absoluter Rechte (vgl. oben) eine bloß drohende Beeinträchtigung als ausreichend ansieht, um die Unterlassungsklage auszulösen. Was aber

[1]) Lesser a. a. O. S. 111.
[2]) Lesser a. a. O. S. 103.
[3]) So Lesser a. a. O. S. 113.

von der Verletzung absoluter Rechte bezüglich der Drohung gilt, ist unbedenklich auf die rechtlich geschützten Interessen anzuwenden, da das absolute Recht und das rechtlich geschützte Interesse, nicht durch unerlaubte Handlungen verletzt zu werden, den Umstand gemeinsam haben, daß beide sich gegen keinen bestimmten Gegner richten. Wir können daher unbedenklich den Satz aufstellen: Wo bei Begehung einer unerlaubten Handlung vom Gesetz eine Schadenersatzpflicht statuiert ist, da kann, wenn die Handlung noch nicht begangen ist, aber die ernstliche Besorgnis besteht, daß sie begangen werden wird, auf Unterlassung der Handlung von dem Bedrohten geklagt werden.

Es ist nun noch zu prüfen, ob dieser Satz einer Einschränkung bedarf für den Fall, daß die erfolgte tatsächliche Beeinträchtigung durch öffentliche Strafe bedroht ist. Das Reichsgericht[1]) nimmt dies an, da ein Rechtsschutzbedürfnis nicht vorliege, wenn im Wege des Zivilprozesses auf Unterlassung einer Handlung geklagt werde, die durch ein Strafgesetz schon unter öffentliche Strafe gestellt sei. Lau,[2]) der diese Ansicht für richtig hält, verwendet sie gegen die Konstruktion eines Unterlassungsanspruches überhaupt abweichend von den positiven Bestimmungen des Gesetzes, da es eine ungeheure Verwirrung in die Auslegung der fraglichen Gesetzesstellen bringen würde, wenn der Richter gezwungen sei, in jedem Falle zunächst zu prüfen, ob das bedrohte Rechtsgut vielleicht durch strafrechtliche Rechtssätze geschützt sei.

M. E. ist die Behauptung des Reichsgerichts, daß die zivilrechtliche Strafe ausgeschlossen sei in dem Falle, wo die Handlung schon durch eine kriminelle Strafe bedroht sei, nicht zutreffend. Denn einmal verstößt eine solche doppelte Bestrafung nicht gegen den alten Grundsatz „ne bis in idem“, da es sich nicht um eine doppelte öffentliche Bestrafung handelt, sondern um eine öffentliche und eine private Rechtsfolge. Sodann macht auch das Gesetz in den Fällen des § 1004 ꝛc. die Gewährung der Unterlassungsklage nicht davon abhängig, daß die Handlung nicht strafgesetzlich unter Strafe gestellt ist, läßt daher auch in diesem Falle die Unterlassungsklage zu. Außerdem ist auch die Gewährung des Unterlassungsanspruchs für den Schuldner, auch wenn die Handlung unter

---

[1]) RG. 71 S. 85 und 77 S. 214.
[2]) In Gruchots B. 47 S. 504.

kriminelle Strafe gestellt ist, deshalb von ungeheurem Werte, weil er nur so eine Verurteilung des Störers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden erreichen kann.[1]) Ferner ist hier die Androhung von Haftstrafe möglich, während die öffentliche Strafe oft nur in einer Geldstrafe besteht, die von dem Störer vielleicht ohne Beschwerde getragen wird. Der Einwand, daß für die Unterlassungsklage bei Konkurrenz mit öffentlicher Strafe ein Rechtsschutzbedürfnis nicht bestehe, ist also unbegründet.

Endlich würde diese Ansicht auch zu merkwürdigen Resultaten führen können. Denn würde die Strafbarkeit die Unterlassungsklage ausschließen, so könnte, da der Zivil- und Strafrichter gegenseitig an ihre Entscheidungen nicht gebunden sind,[2]) der Fall eintreten,[3]) daß z. B. der Zivilrichter, der der Ansicht ist, daß Boykott als grober Unfug (§ 360, 11 StGB.) strafbar ist,[4]) die den Umständen nach gegebene Unterlassungsklage aus § 826 abweist, der Strafrichter nachher aber die Strafbarkeit der Handlung verneint.[5]) Der Geschädigte würde also in einem derartigen Falle gänzlich schutzlos dastehen und hätte obendrein noch die Kosten der vergeblichen Klage gegen den Störer zu tragen.

Gegen diese Auffassung scheinen mir auch sonst praktische Bedenken nicht vorzuliegen. Wenn gegen sie die Entscheidung des Reichsgerichts 71, 85 angeführt werden sollte, in der das Reichsgericht eine Klage auf Unterlassung ehebrecherischen Verkehrs abweist, ein Resultat, das zweifellos unser Rechtsgefühl befriedigt, so glaube ich, daß wir auch auf Grund unserer Ansicht zur Abweisung dieser Klage gelangen können. Denn da die von uns gewährte Unterlassungsklage auf dem Prinzip der Naturalrestitution beruht, so ist die Unterlassungsklage nur dann gegeben, wenn sie geeignet ist, den entstandenen Schaden wieder gut zu machen und den früher bestehenden Zustand wieder herzustellen. In diesem Falle ist aber m. E. die Unterlassungsklage nicht geeignet, die eheliche Reinheit wieder herzustellen,[6]) sodaß die Unterlassungsklage hier aus diesem Grunde abzuweisen ist.

---

[1]) § 890, 3 ZPO.
[2]) Vgl. EG. ZPO § 14, 1
[3]) Vgl. Lesser a. a. O. S. 115.
[4]) So RG. 27, S. 292.
[5]) So z. B. v. Liszt § 190, VI.
[6]) Ebenso RG. Komm. Vorbem zu § 823, 6a.

Das Resultat unserer Erörterung ist also, daß im Falle einer ernstlich drohenden Rechtsverletzung, die im Falle der Verwirklichung einen Schadenersatzanspruch erzeugen würde, ein Anspruch darauf begründet ist, daß die Handlung nicht stattfindet. Da dieser Anspruch eine Form des Schadenersatzes für die zugefügte Unsicherheit und Unruhe ist, müssen alle Voraussetzungen, die in den einzelnen Fällen vom Gesetz aufgestellt sind, erfüllt sein.[1]) Da in manchen Fällen eine unerlaubte Handlung auch durch Unterlassung begangen werden kann, unser Prinzip aber ein ganz allgemeines ist, kann in den Fällen, wo die Besorgnis derart ist, daß sie schon als Verletzung selbst anzusehen ist, auch auf ein positives Tun geklagt werden. Hierdurch wird der Umfang dieser Klage, die der Verwirklichung einer unerlaubten Handlung vorbeugt, auf alle Fälle erweitert, in denen ein vorbeugender Rechtsschutz wünschenswert ist.

---

[1]) So setzt auch RG. 77, S. 217ff.